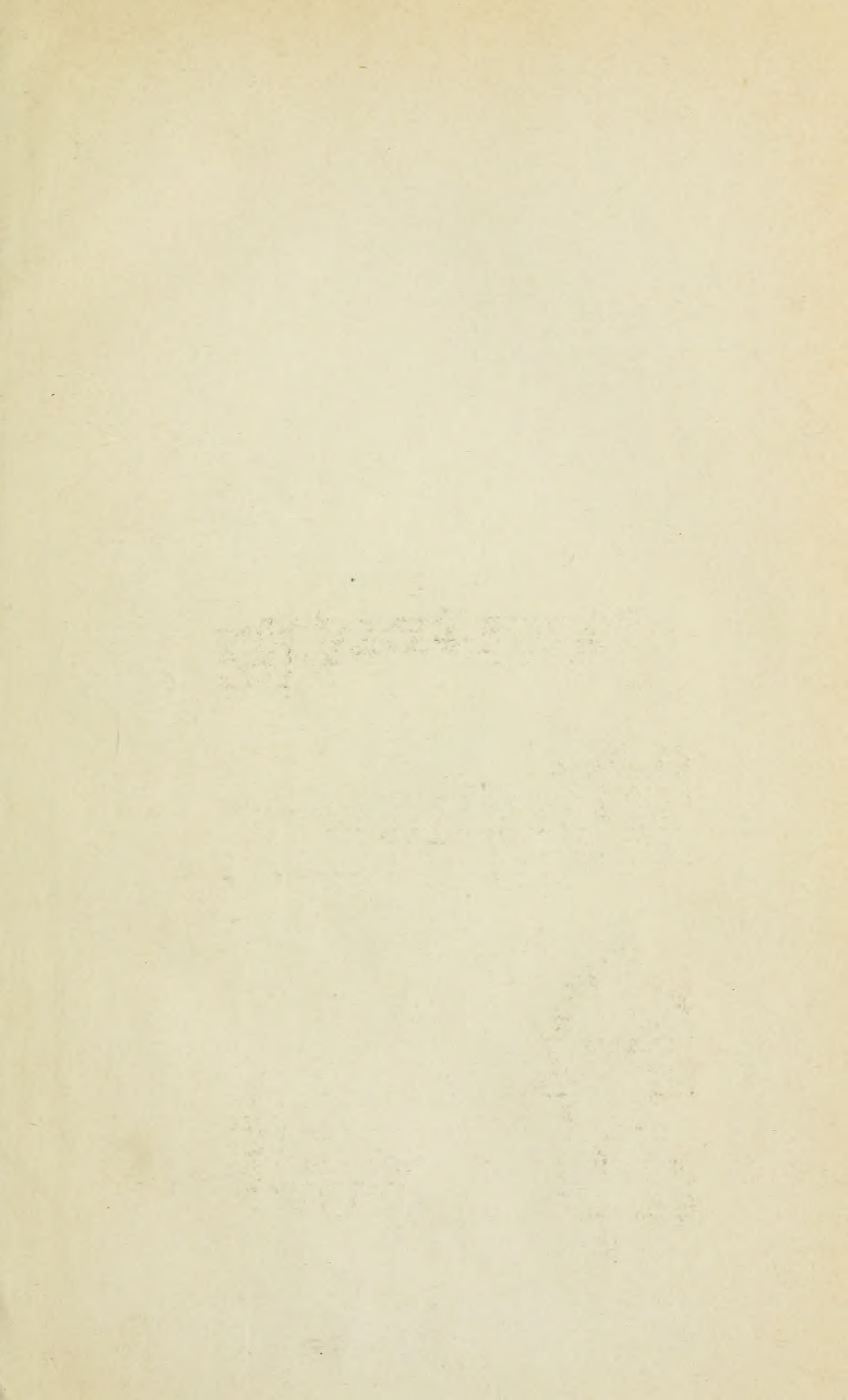
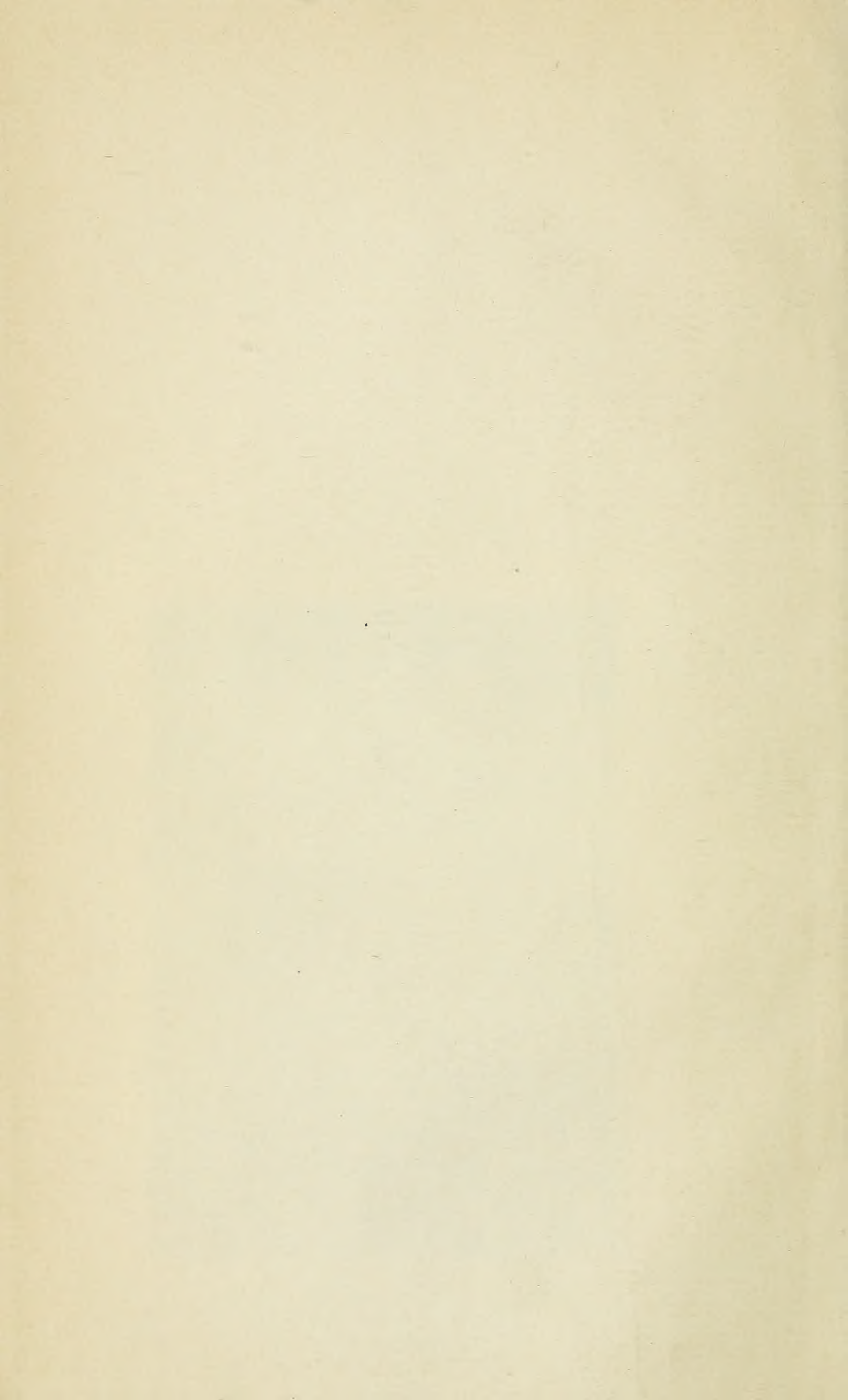
LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN


EX LIBRIS DR. ALFRED PLATZ





FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

*VOLLSTÄNDIGE AUSGABE
IN ZWÖLF BÄNDEN*

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER BERLIN
1920

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

ELFTER BAND:

DAS SYSTEM DER ERWORBENEN RECHTE
II, 1

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

DRUCK VON OSCAR BRANDSTETTER, LEIPZIG

INHALTSVERZEICHNIS DES ZWEITEN TEILES.

I.

DAS WESEN DES RÖMISCHEN ERBRECHTS



Wenn wir jetzt dazu übergehen, den Beweis für die schon in Bd. I, § 2, A., assertorisch vorausgeschickte Behauptung zu erbringen, so werden wir hierdurch die letzte Quader aufgerichtet haben, auf welcher das Gebäude unserer Theorie beruht, und den letzten Anschein zerstört haben, als gäbe es irgendwelche erworbene Rechte, die nicht aus der eigenen individuellen Willensaktion des Berechtigten entspringen.

Zwar stellt sich, den Erblasser anlangend, die Erbschaft zunächst auch schon ganz äußerlich als eine Willensaktion desselben dar, indem sie entweder auf einer testamentarischen Willenserklärung desselben beruht, oder aber von der Intestaterbschaft — da, wo diese nur beim Unterlassen testamentarischer Verfügung eintritt — gesagt werden kann, daß sie nur durch den (unterlassenen) Willen des Erblassers vermittelt und dem Erben deferiert werde.

Allein selbst wenn diese äußere Betrachtung genügen könnte, um das Erbtum in bezug auf den Erblasser als eine Willensaktion desselben aufzuzeigen, so würde dies doch offenbar auch entfernt nicht hinreichen, die von uns aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen; denn wir stellten a. a. O. die Behauptung auf: daß vermöge einer im Erbrecht bestehenden Willensidentität zwischen Erben und Erblasser der Wille des Erblassers zugleich auch als der identische Wille des Erben erscheine, und daß deshalb auch der Erbe seinerseits nicht als durch eine Tatsache oder durch den bloßen Willen eines Dritten,

sondern als durch seinen eigenen Willen erbend angesehen werden müsse.

Dies also, daß alle Erbschaft auf der eigenen individuellen Willenstätigkeit des Erben beruht, und jene Willensidentität selbst zwischen Erben und Erblasser, welche die Wurzel dieses Satzes bildet, wäre jetzt zu erweisen.

Und zwar muß sie erwiesen werden sowohl seitens des Erben selbst, als auch ebensosehr noch zuvor seitens des Erblassers, da dessen äußerliche Willenshandlung als solche — das Testament oder dessen Unterlassung — noch durchaus nicht für unsere Forderung genügen kann, weil sie immer nur die willentliche Zuwendung einer bestimmten Vermögensmasse an eine bestimmte Person, aber noch keineswegs, auch nicht seitens des Erblassers, jene hierüber hinausgehende, von uns behauptete Willensidentität zwischen ihm und dem Erben darstellen würde.

Die Notwendigkeit dieses Beweises bildet also den Faden, der die nachfolgenden Ausführungen mit dem ersten Bande verknüpft und an den geeigneten Orten in der erforderlichen Weise hervorgehoben werden wird.

Zum Zweck dieses Beweises aber müssen wir von diesem Faden scheinbar ganz abgehen und dazu übergehen, das Wesen des Erbrechtes bloßzulegen, welches sich wiederum nur in der Verschiedenheit seines historischen Geistes bei den verschiedenen Nationen erkennen läßt.

Zugleich wird sich uns dabei von selbst, wie bereits Bd. I, S. 724 fg., bemerkt, die Beantwortung der Frage ergeben, warum im römischen Recht, außer beim suus, nur durch Adition, im germanischen Recht aber ipso jure durch den Tod des Erblassers der Erwerb der Erb-

schaft bewirkt wird. Diese Frage war es, die uns am Schluß des ersten Bandes bei der Behandlung der formell-juristischen Natur des Erbrechtes entstanden ist und entstehen mußte. Aber mit der Erzeugung dieser Frage war die formell-juristische Behandlung des Erbrechtes eben an ihrer Grenze angelangt, an dem Punkt angekommen, wo sie über sich hinausweisen muß auf jene Wissenschaft, welche allein das geistige Wesen des Rechtes hervortreten zu lassen vermag. Als eine Frage nach dem geistigen Inhalt des historisch-verschiedenen Erbrechtes war sie zugleich eine Frage nach seinem begrifflichen Inhalt überhaupt, und so waren wir denn wieder von selbst durch den Lauf unserer Untersuchung auf die Frage zurückgeworfen, was es mit dem realen Wesen des Erbrechtes und somit auch mit jener Willensidentität auf sich habe, und wie dasselbe aufzufassen sei.

Es erhellt daher von selbst, daß unsere Ausführungen sich nicht in jener Abgerissenheit und Isolierung erbringen lassen werden, die man sonst wohl einem Punkte zu geben liebt, der nur als adminikulierender Beweis für ein anderes Thema auftritt. Denn dieser Punkt gehört zu jenen, welche nichts anderes als den geistigen Zentralpunkt eines gesamten Institutes darstellen und sich daher gar nicht entwickeln lassen, ohne das Ganze desselben zu seinem geistigen Verständnis zu bringen.

Ebendeshalb mußte es unsere Aufgabe sein, nachfolgend das Wesen des Erbrechtes — und zwar zunächst des römischen — zu schreiben, d. h. diesem gesamten Institute überall den verhüllenden sinnlichen Schleier abzureißen, welcher dasselbe bisher der Erkenntnis entrückt hat, und seine reine Seele überall durch das Stoffliche hindurch zur durchsichtigen Erscheinung zu bringen. Brauchten wir daher unserer Darstellung auch nicht not-

wendig ganz die Ausdehnung zu geben, deren sie fähig wäre, wenn wir beabsichtigt hätten, eine Dogmatik des römischen Erbrechtes zu schreiben, so mußten wir ihr doch jedenfalls die Ausdehnung und den Reichtum geben, welche erforderlich waren, um jene pulsierende Seele als die einzige bewegende und gestaltende Macht in allen Teilen des Erbrechtes und bis in seine kleinsten Gebilde hinein nachzuweisen. Hieraus empfangen dann auch noch die nicht besonders erörterten Punkte dieses gewaltigen Stoffes von selbst ihre Aufhellung. Denn was in dem Nachfolgenden versucht worden ist, ist nicht sowohl eine Erklärung der einzelnen Stellen des römischen Erbrechtes, durch welche dann immer nur die besondere, der Behandlung unterworfene Textesstelle gedeutet wird; sondern es ist eine Reproduktion des Geistes, aus welchem das römische Erbrecht geflossen ist und aus dessen einfacher dialektischer Tätigkeit sich alle seine Teile, Abschnitte, seine inhaltlichen und formellen Bestimmungen, seine historische Gestaltung und seine scheinbaren Anomalien bis in ihre detailliertesten Punktualitäten hinein, wie wir sehen werden, gleichsam spielend und von selbst entwickeln.

Es erhellt von selbst, daß zu diesem Behufe eine nicht geringe Ausführlichkeit und ein selbst noch bei weitem detaillierteres Eingehen auf die subtilsten positiven Einzelheiten in den Entscheidungen der römischen Rechtsquellen, als sich in den Werken unserer positiven römischen Juristen findet, unabweislich geboten war.

Es war dies schon deshalb eine unvermeidliche Pflicht im Interesse der Sache, weil jede Wahrheit die Schneide ihres Beweises immer nur an ihrer Durchführung durch den ganzen konkreten Reichtum ihres Gebietes und durch das verschlungenste Gewirr ihrer scheinbaren einzelnen Ausnahmen

besitzt. Eine gewisse Strecke weit können auch täuschende Erklärungen zuzutreffen scheinen. Dann aber verschwindet dieser Schein; es treten die Ausnahmen, die Abweichungen, die Widersprüche, die Zusammenhanglosigkeiten ein.

Die Kraft, ein ganzes so umfangreiches und vielverzweigtes Gebiet bis in seine einzelnsten Bestimmungen und scheinbaren Ausnahmen, bis in seine kantigsten Kristalle hinein harmonisch aus einem Gedanken und seiner einfachen Tätigkeit aufschießen zu lassen, gehört lediglich der Wahrheit an und bildet ihr entscheidendes Kriterium. Es muß in diesem Sinne den positiven Juristen vollständig darin recht gegeben werden, daß die Wahrheit des Rechtes in dem ganz Positiven und Einzelnen desselben beruhe. Natürlich! Denn dies ist eben das Reale, worin der Geist in seiner Wirklichkeit zutage tritt und sich von blassen Allgemeinheiten abscheidet.

Nicht minder nötigte zu einer größeren Ausführlichkeit der Umstand, daß das Erbrecht, um das Wesen desselben heraustreten lassen zu können, nicht bloß dogmatisch, sondern ebenso historisch entwickelt werden mußte. Denn eine Hauptseite der Bedeutung des Nachfolgenden besteht für uns darin, den üblichen Unterschied zwischen der dogmatischen und historischen Behandlung des Rechtes zu durchbrechen. Auch das Dogmatische eines Rechtsinstitutes ergibt sich nur aus dem Verständnis seines historischen Begriffes, d. h. des bestimmten historischen Stadiums des Geistes, auf welchem sich das zu betrachtende Institut jederzeit befindet. Dies war hier darzulegen, und somit durch bestimmte Leistung das Versprechen zu erfüllen und die Anschauung zu rechtfertigen, die wir im allgemeinen im ersten Bande[1]) S. 139, über das Verhältnis des Rechtes zu

[1]) Bd. IX, S. 139 fg. d. Ausgabe.

seiner Geschichte oder des Naturrechtes zum historischen Rechte aufgestellt haben. Dazu konnte aber wiederum die Skizzierung der historischen Gegensätze in ihren größesten Zügen und Umrissen — der Gegensatz zwischen römischem und germanischem Erbrecht — nicht ausreichen. Vielmehr war dieser große Gegensatz selbst nicht einmal wahrhaft zu verstehen, wenn nicht zuvor auf die innerhalb des römischen Rechtes selbst stattfindende historische Entwickelung eingegangen wurde. Nichts hat mehr das Verständnis des römischen Rechtes verhindert, als dies, daß man stets nur von der justinianeischen Gestalt desselben ausgeht, die aber doch nur ein Letztes und daher nur aus dem großen historischen Prozesse, dessen Endpunkt sie bildet, zu begreifen ist. Wenn diese unbefangene Identifikation von römischem Recht überhaupt und seiner letzten justinianeischen Gestalt in offener Form bei unseren positiven römischen Juristen auftritt, so gilt sie nicht weniger auch von den Rechtsphilosophen, da diese, auch wenn sie von dem früheren Rechte ausgehen, doch von vornherein — was z. B. selbst bei Gans im höchsten Maße der Fall ist — mit den Begriffen des justinianeischen Rechtes, und von ihnen die Seele beherrscht, an den älteren Rechtsstoff herantreten und daher weder diesen, noch seinen allmählichen Prozeß, noch seinen mit Justinian eingetretenen Abschluß desselben zu verstehen vermögen.

Wir dagegen werden, wo wir von römischem Recht ohne weitere Bezeichnung sprechen, immer nur das alte jus civile im Auge haben. Von diesem werden wir ausgehen und geeigneten Ortes die Notwendigkeit und das Treibende seiner Bewegung, die dialektischen Evolutionen, die es in diesem Prozesse vollbringt, und jenen letzten Selbstverlust seiner, zu dem es sich nach Durchlaufung

seiner verschiedenen Phasen unter Justinian forttreibt, hinreichend zur Klarheit bringen. Aber trotz dieses fast totalen Selbstverlustes, den das alte jus civile unter Justinian erleidet, werden wir gleichwohl sehen, durch welche eigentümliche dialektische Bewegung in diesem Selbstverlust der Grundgedanke des jus civile ebenso auch wieder noch aufbewahrt und erhalten bleibt. Das justinianeische Recht ist so das Residuum eines Prozesses, welches seine Seele und Bedeutung schlechterdings nur aus dem *ihm Vorhergehenden* empfängt.

Eine andere Nötigung zu eingehender Darstellung lag in der Schwierigkeit unserer Position.

Schon das ist gewiß eine nicht gering zu nennende Schwierigkeit, mit einer Auffassung des römischen Erbrechtes hervortreten zu sollen, welche Savigny wie Gans, Hugo wie Puchta, Huschke wie Böcking und so vielen andern berühmten Rechtslehrern, kurz der in der gesamten Rechtswissenschaft als selbstredend üblichen Auffassung des Erbrechtes gänzlich widerspricht, und die Behauptung aufstellen zu müssen, daß nicht bloß dieses und jenes einzelne, sondern gerade ebenso das Einzelne wie das *Ganze* des römischen Erbrechtes bis auf den heutigen Tag ohne Ausnahme völlig mißverstanden und unerkannt geblieben sei, ein unenträtseltes Geheimnis!

Wenn schon diese Schwierigkeit erheblich genug ist, so ist aber noch viel bedeutender jene andere, daß wir genötigt sind, die Entwickelung des römischen Erbrechtes mit einer Behauptung zu beginnen, welche auf den ersten Blick als das Übermaß aller Paradoxie, ja als eine wahre metaphysische Abgeschmacktheit erscheinen kann! Wenn unsere positiven Juristen lesen werden, daß der Begriff des römischen Erbtumes substantiell nichts mit dem Vermögen zu tun haben und letzteres nur *gegensätzlich* berühren

soll, daß der *Erbe* im römischen Sinne nur *Willenserbe*, nicht *Vermögenserbe* des Toten sein soll, daß der begriffliche Gegenstand und das Interesse des römischen Erbrechtes, ebenso wie seine *historische Entstehung*, gar nicht in der *vermögens*rechtlichen Sphäre liegen sollen; wenn sie lesen werden, daß das Testament keine *Vermögensverfügung* und das zivilistische Erbrecht überhaupt keine *Vermögenszuwendung* seinem *Begriffe* nach darstellen, sondern eine dieser Verstandesvorstellung geradezu *entgegengesetzte* quasimetaphysisch-theologische Anschauung zu seinem Inhalt haben soll: so steht zu befürchten, daß viele derselben lebhaft geneigt sein werden, die Lektüre des Buches lieber da abzubrechen!

Dennoch, mögen sie fortfahren! Und keiner, der sich überhaupt die Mühe nimmt und fähig ist, dem Gedankengange des Werkes ernsthaft zu folgen, wird, wie wir verbürgen zu können glauben, auch nur die ersten zwanzig Paragraphen der nachfolgenden Untersuchungen gelesen haben, ohne eine *zwingende* Überzeugung sich seiner bemächtigen zu fühlen, die sich immer mehr und mehr zu einer unerschütterlichen Positivität gestalten wird. — Wir schreiben keineswegs nur für philosophisch voreingenommene Leser, und rechnen keineswegs auf solche. Es ist ein ohnmächtiger, schlechter und unwahrer Gedanke, der nicht die Macht hat, aus sich heraus sein Gegenteil zu überwältigen und sich zu assimilieren. Wir schreiben daher vorzugsweise auch für die positiven Juristen, mit welchen wir ohnehin den Haß gegen jede solche Philosophie, die immer nur beim Allgemeinen stehen zu bleiben weiß, vollständig gemeinsam haben. Gerade die Gemeinsamkeit dieses Hasses aber mag ihnen vorläufig die Gewähr dafür bieten, daß sie es in dem Nachfolgenden nicht mit un-

wirklichen Abstraktionen zu tun haben werden, und sie veranlassen, mit der anscheinenden Paradoxie und Abstraktion des — in Wahrheit von Anfang an durch und durch konkreten — Begriffes Geduld zu haben, bis wir die Zeit gehabt, denselben den konkreten Reichtum auch der realsten erbrechtlichen Bestimmungen aus sich erzeugen zu lassen.

Selbstredend wird aber jene zwingende Überzeugung, die wir versprochen haben, sich eben wieder nur herbeiführen lassen durch die Durchführung des Begriffes gerade durch das Konkreteste und Einzelnste des erbrechtlichen Materials.

Wenn die ganze ungeheuere Mosaik dieses Stoffes sich als das einem einzigen Begriffe und seinen Verschlingungen entflossene Gedankengewebe aufweist, wenn er nicht nur bis auf seine sprödesten Punktualitäten, sondern selbst bis auf alle Kontroversen der alten Schulen, der Sabinianer und Prokulejaner, die erst von hier aus ihre innere Notwendigkeit erblicken lassen, sich, wie wir sehen werden, in die einfache dialektische Tätigkeit dieses einen Begriffes auflöst, so wird auch hier der Beweis geführt sein, daß gerade das scheinbar ganz Metaphysisch-Abstrakte, wenn es kein bloß abstrakter, sondern ein konkreter Begriff ist, und wieder das ganz Konkret-Reale vollständig zusammenfallen.

Für die Geduld, die wir in Anspruch nehmen, werden die Resultate reichlich lohnen. Wir haben es bereits gesagt, daß dies Resultat in erster Linie kein geringeres sein wird, als die Entdeckung des römischen Erbrechtes und seines geistigen Inhaltes, ja des Erbrechtes überhaupt[1]. Es ist aber gar nicht möglich, diese Entdeckung

[1] Denn es wird sich später herausstellen, inwiefern durch die Verkennung des römischen Erbrechtes auch das germanische verkannt werden mußte.

zu machen, ohne dabei noch zwei andere Entdeckungen zu bewerkstelligen, nämlich jene, was das römische *jus civile,* diese aus dem innersten Herzen und Eingeweiden des römischen Volksgeistes hervorgegangene Schöpfung, überhaupt bedeutet, und zugleich — wovon man fühlt, wie sehr es hiermit zusammenfallen muß — welches die kulturhistorische Stellung und Mission des römischen Volkes in der weltgeschichtlichen Bewegung überhaupt gewesen ist.

Wir bemerken endlich noch, daß wir natürlich eine besondere Widerlegung der bisherigen Ansichten der Autoren im allgemeinen für vollständig durch die Natur unserer Arbeit ausgeschlossen erachten mußten. Da wir bei jedem Satze und gegen alle unsere Vorgänger gleichmäßig hätten Front machen müssen, so hätte sich hieraus nur eine ebenso müßige wie lästige Ausdehnung des Umfanges unserer Erörterungen ergeben. Die wahrhafte kritische Widerlegung muß von selbst in der positiven Entwickelung unserer Lehre vorhanden sein. Und es war dies um so mehr gegeben, als die Hauptpfeiler unserer Beweisführung ebenso wie in der Entwickelung des bisher irrig Erklärten, so auch auf der Erklärung dessen beruhen, was bisher überhaupt noch nicht zu erklären versucht worden ist. Denn wie in allen anderen Gebieten ging es natürlich auch hier, daß man gerade das für die bisherigen Auffassungen ganz Unerklärliche entweder überhaupt unerwähnt ließ, oder es wie ein ganz Selbstredendes und einer Erklärung überhaupt gar nicht Bedürftiges behandelte.

Wir haben daher nur dann die Ansichten unserer Vorgänger einer besonderen Rücksichtnahme unterworfen, wo dies ausnahmsweise im Interesse größerer Schärfe und Deutlichkeit zu liegen schien, oder wo die sich entgegen-

stehenden Unrichtigkeiten in den Ansichten der Autoren einen genetischen Wert zur Entwickelung der Wahrheit zu haben schienen.

Eine weit häufigere kritische Widerlegung als anderen Autoren haben wir dem römischen Erbrecht von Gans widerfahren lassen. Keineswegs in dem Sinne, als wollten wir eine besondere Polemik gegen dieses Buch richten, oder den hohen Geist seiner Ausführungen irgendwie leugnen und das seinem Urheber deshalb zukommende Verdienst verkleinern, sondern vielmehr gerade nur deshalb, weil uns dieses Werk seiner allgemeinen Richtung nach am nächsten stand, und weil es unbedingt die bei weitem geistvollste unter allen bisherigen Behandlungen des erbrechtlichen Stoffes zu nennen ist.

Allein es ist einmal ein Gesetz der Philosophie, daß, wo von einem nur abstrakten Begriff ausgegangen wird, keine noch so geistvolle Behandlung es vermeiden kann, daß sich die Abstraktion desselben auch in den Resultaten nicht nur zu abstrakten, sondern fast überall zu positiv falschen Folgerungen treiben muß, häufig selbst zu um so falscheren, je näher man sich dem wahren und noch verfehlten Begriffe befindet. Aber auch das bloß Abstrakte bildet in der geistigen Welt dieselbe Entstellung sowohl des Ganzen des Bildes, als seiner einzelnen Züge, welche in der körperlichen Welt entsteht, wenn eine Gesichtsfläche in einen Zerrspiegel geworfen wird. Sowohl die wirkliche Physiognomie als die fälschende Verziehung derselben durchdringen sich in jedem Punkte gleichmäßig. Nur der konkrete Begriff hat die Macht, die konkrete Wirklichkeit aus sich zu erzeugen.

Wegen dieser Inkongruenz ist Gans' geistvolles Werk notwendig ohne erheblicheren Einfluß auf die positiven Juristen geblieben.

Dies Gesetz des spekulativen Begriffes galt es hierbei beiläufig klar an den Tag treten zu lassen, und die Philosophie so gegen die so häufig beliebte Identifizierung ihrer mit dem Abstrakten zu verwahren, wozu die Diskussionen mit dem Werke von Gans oft den besten Anlaß boten.

Die Philosophie kann bei diesen Diskussionen nur gewinnen. Denn es wird sich zeigen, daß Gans den Geist des römischen Erbrechtes nur deshalb verfehlt hat, weil er noch die Seele von den empirischen Auffassungen des Erbrechtes nicht hinreichend gereinigt hatte.

Nur die empirischen Verstandeskategorien — nur sie sind das Abstrakte!

I. Der Begriff des römischen Erbtums.

Nichts ist üblicher, als von einer Personenidentität zwischen dem Erben und Erblasser zu sprechen, und die römischen Juristen selbst haben sich so weit zum Bewußtsein über den ideellen Charakter ihres Stoffes erhoben, daß sie diese Personenidentität als das Wesen des Erbrechtes bezeichnet haben[1]. Dennoch ist diese vom Wesen

---

[1]) Vgl. z. B. Novelle 48, § 1: „. . . et haec quidem in heredibus qui *iidem cum defuncto quodammodo esse videntur.*“ Diese Personenidentität ist natürlich auch die Quelle von der Auffassung des Erbrechtes als einer successio in universum jus defuncti. L. 62 de reg. jur. (50, 17): „Hereditas nihil aliud est quam successio in *universum* jus quod defunctus habuerit.“ L. 59 eod. tit.: „Heredem *ejusdem* potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat.“ L. 22 de usurp. (41, 3).

der Familie hergenommene[1]) und auf das Erbrecht übertragene Anschauung gerade für das römische Erbrecht viel zu weit, also viel zu abstrakt, um wahrhaft zutreffend zu sein. Theoretisch genommen, würde diese Anschauung, wie aus dem Folgenden von selbst hervorgehen wird, das römische Erbrecht durchaus nicht hinreichend decken, um das Wesen desselben wirklich zu erklären; auch läßt sich von einer Identität der Personen nur bei jenem „arctissimum inter homines procreationis vinculum", wie Valerius Maximus[2]) es mit Recht nennt, also bei der Blutseinheit, als der das gesamte Physische der Person umfassenden Grundlage reden. Sohn und Erbe fallen aber im römischen Recht durchaus noch nicht zusammen.

Praktisch festgehalten, würde jene Anschauung oft zu nicht geringen Unrichtigkeiten führen. Hier mag genügen, das eine, an und für sich sehr Entscheidende dagegen anzuführen, daß ja gerade die streng persönlichen Rechte — diejenigen, denen die personae conditio locum facit[3]) — nicht auf den Erben übergehen[4]).

Diese Anschauung wird daher auch wieder praktisch nicht festgehalten, und trotz jener successio in *universum* jus defuncti und dem *ejusdem* potestatis ac juris (s. S. 22, Note 1) wird weder von den alten noch modernen römischen Juristen geleugnet, daß alle diese rein persönlichen Rechte nicht auf den Erben übergehen.

---

[1]) Siehe z. B. L. ult. C. de impuber. et aliis subst. (6, 26): cum *pater et filius eadem esse persona* pene intelligantur.

[2]) Memorab., Lib. VII, c. 7, T. II, p. 89, ed. Bip.

[3]) Vgl. I, 716, und Note 1, 2, 3 das.

[4]) Während z. B. noch im Attischen Erbrecht die Anklagen gegen den Erblasser vom Erben aufgenommen werden müssen, und ebenso auch dem Erblasser erteilte Ehren auf den Erben übergehen; s. Isaeus super Dicaeogenis hered., p. 116, 118, ed. Reisk. Bunsen, De jur. heredit. Athen., p. 78.

Wegen dieser Inkongruenz jener Anschauung von der Personenidentität mit dem Stofflichen des römischen Erbrechtes kam man dazu, dieselbe näher dahin zu beschränken, daß es nur die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Erblassers sei, welche auf den Erben übergehe. Allein gerade durch diesen so plausibel erscheinenden Versuch, die Lehre der römischen Juristen mit dem materiellen Stoffe in Einklang zu setzen, geriet man, wie sich zeigen wird, von dem Regen in die Traufe. Aus dem abstrakten Irrtum geriet man in den konkreten und substantiellen Irrtum hinein. Diese noch bei den heutigen Autoren unbedingt herrschende Auffassung ist mindestens gerade so alt, als unsere Kommentatoren des römischen Rechtes selbst. Beispielsweise genüge es, Hugo Grotius anzuführen: „... vera causa haec est quod heres *personam defuncti refert,* non in meritis, quae sunt mere personalia, *sed in bonis,* quibus ut cohaererent ea quae alicui debentur ex ipsa rerum inaequalitate, simul cum dominio fuit introductum[1])." Es ergab sich hieraus eine Lehre, welche wir am kürzesten beispielsweise durch die Worte, in denen Puchta sie vorträgt, charakterisieren. Er entwickelt den Begriff des Erbrechtes folgendermaßen[2]): „Das Ganze der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihren Maßstab findenden Rechte und Verbindlichkeiten, die in einer Person als ihrem Subjekt vereinigt sind, das Vermögen, soll eine von dem Leben der Person unabhängige Dauer haben. Dies wird dadurch erreicht, daß nach dem Tode die dadurch aufgehobene natürliche Person fortwährend als zusammenhaltendes Subjekt jener Rechtsverhältnisse gedacht, somit eine juristische

---

[1]) De jure belli ac pacis II, cap. 21, § 19 (ed. Francof. 1696, p. 675).

[2]) Pandekten, § 446 (5. Aufl., 1850)

Person an der Stelle der natürlichen angenommen wird. Das hinterlassene Vermögen selbst also trägt eine Persönlichkeit in sich, und dies ist die fingierte des Verstorbenen. Dieser Rechtssatz ist eine notwendige Ergänzung des Vermögensrechtes, dessen Verhältnisse erst dadurch eine zu ihrer vollen Entwickelung unentbehrliche Stetigkeit erhalten. Mit diesem Institut wird aber zugleich ein anderes Bedürfnis befriedigt, indem der Übergang der Güter des Verstorbenen an Überlebende damit in Verbindung gesetzt wird. Dieser Übergang soll, um jenen ersten Zweck zu erreichen, nicht bloß stückweise erfolgen, er soll die Persönlichkeit des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Hinsicht in sich aufnehmen und repräsentieren und damit in das Vermögen als Ganzes eintreten. Darin liegt der Begriff des Erben, seiner Sukzession, der Erbfolge und des Rechtes, das er durch die Erbfolge erhält" usw.

Wenn man später einen Blick auf diese Lehre zurückwirft, so wird man wissen, warum dieselbe durchaus, und zumal die in derselben durch den Druck hervorgehobenen Sätze, eine Reihenfolge der radikalsten Irrtümer darstellt.

Hier ist es noch nicht möglich, diese Irrtümer zu beweisen, sondern nur bezeichnen können wir einstweilen, worin die Quelle derselben liegt und warum wir sagten, daß man mit jener verbessernden Beschränkung, daß es die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers sei, die auf den Erben übergehe, aus dem Regen in die Traufe, aus dem abstrakten Irrtum in den substantiellen und kompakten geraten sei. Diese durch jene Verbesserung bewirkte Verschlechterung liegt darin, daß durch jene Beschränkung der Personenidentität, welche

die römischen Juristen selbst unmittelbar als den Gedanken und die Seele des erbrechtlichen Stoffes aussprechen, auf die vermögensrechtliche Persönlichkeit, das Vermögen und seine Übertragung auf den Erben zum substantiellen Inhalt, zum Begriff und Gegenstand des römischen Erbrechtes wird; eine Auffassung, die freilich auf den ersten Blick nicht nur als richtig, sondern sogar als etwas ganz selbstredend Notwendiges und gar nicht Anderseinkönnendes erscheint, und so bis heute erschienen ist. Es wird hier das Erbrecht zu einem „Vermögensrecht", zu einer bloßen „Ergänzung des Vermögensrechtes", wie Puchta soeben sagte; das Institut des römischen Erbtums ist wegen des Vermögens, zum Zweck einer Übertragung auf den Erben und zur Befriedigung der Gläubiger[1]) erfunden und vorhanden, weshalb der Inbegriff dieser einzelnen Vermögensrechte und -verpflichtungen als eine künstliche „juristische Person" gedacht werde; dieses hinterlassene Vermögen ist es, welchem die Persönlichkeit des Verstorbenen einwohnt, und das Erbtum hat den Zweck, daß der Erbe „in das Vermögen eintrete" und den Verstorbenen in demselben repräsentiere, ja diese ganze Fortdauer der juristischen Persönlichkeit des Erblassers ist überhaupt nur eine dem Vermögen zuliebe — das hier überall zur Substanz der Erbschaft wird — und um seiner

[1]) Wie sehr letzteres gegen den Geist des alten jus civile ist, hätte z. B. schon das eine zeigen können, daß sogar bei der Arrogation, d. h. also bei dem Untergang einer selbständigen Willenssubjektivität, deren körperliches Substrat sogar noch fortlebt, die Schulden des Arrogierten nach Zivilrecht untergehen: Gajus, IV, § 38, und III, § 84; und die Gläubiger nur durch prätorische Billigkeit Restitution erlangen können: L. 2, § 1; L. 7, § 2, 3, de cap. min. (4, 5); L. 2 de in int. rest. (4, 1).

Behandlung willen erfundene Fiktion[1]); alles Sätze, welche uns soeben von Puchta selbst mit seiner gewohnten Klarheit vorgetragen wurden, und welche sämtlich die radikalste Verkennung dieses Institutes bilden. Die vorgetragene Ansicht ist aber nicht bloß die Puchtas, der hier bloß als Repräsentant derselben herausgegriffen wurde, sondern die einmütige und unangezweifelte Auffassung sämtlicher Autoren, auch der denkendsten unter ihnen[2]), mit alleiniger

---

[1]) Also, wenn die Wahrheit dieser Ansicht eingestanden wird, ein bloßer Notbehelf, wie dies bei Puchta nicht weniger deutlich als bei Scheuerle hervortritt, welcher (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes, Nr. 1, S. 7, Erlangen 1853) die Erbschaft definiert als „ein Vermögen mit einem fingierten Subjekt, indem ihre Behandlung als Vermögen nur ermöglicht wird durch die Fiktion fortdauernder Persönlichkeit des verstorbenen Erblassers."

[2]) Siehe z. B. Böcking, welcher (Pandekten des römischen Privatrechtes usw., 2. Aufl. [Bonn 1853], I, 256, Note 14) die „vermögensrechtliche Persönlichkeit des Testators" auf den Erben übertragen werden läßt, deshalb (daselbst, S. 232) in der „Sachengesamtheit, dem Vermögen eines Verstorbenen, eine juristische Person erblickt, daher auch konsequent (Pandekten-Lehrbuch, 4. Aufl., 1852, S. 27) definiert: „Das Erbrecht ist das Güterrecht der sich auflösenden Familie," und es als die notwendige „Entfaltung der Begriffe Familie und Vermögen" bezeichnet, ebenso, am erstangeführten Ort, S. 139, Note 2, das römische Erbrecht als ein „auf Familienrecht beruhendes und aus ihm hervorgehendes Vermögensrecht" erklärt usw.; oder Huschke, der (Studien des römischen Rechtes [Breslau 1830], S. 233, Note 59) den Testator beim testamentum per aes et libram seine „Vermögensfreiheit" übertragen läßt usw. Ganz dieselbe Auffassung des Vermögens, als der Substanz des römischen Erbtums, ist es auch, die Gans beherrscht (s. z. B. S. 173, „da das Testament die Beziehung des testierenden Willens zum Vermögen ist," oder S. 241, „das Familienerbrecht [Intestaterbrecht] hat seine

Ausnahme Savignys, dessen bald zu erwähnender, noch größerer Irrtum ebenso den Gegensatz als die richtige Konsequenz der eben dargestellten Absicht bildet.

Betrachten wir nun, in welchem Verhältnis die beiden vorgetragenen Auffassungen, diejenigen der Römer selbst und diejenigen unserer Autoren, wahrhaft zueinander stehen, so muß klar sein, daß dieselben geradezu einen Gegensatz zueinander bilden. Zwar war dies nicht die Absicht. Es sollte nur eine nähere Beschränkung an jener Auffassung der römischen Juristen von der Personenidentität zwischen Erben und Erblasser, an ihrer Definition von der Übertragung des *universum* jus defuncti auf den Erben vorgenommen werden, indem die auf ihn übertragene Persönlichkeit des Erblassers bestimmter als die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" desselben definiert wurde. Es schien dies um so unanstößiger, als die Definition der römischen Juristen ja offenbar zu weit war, und diese Beschränkung daher nur wie eine denselben aus ihrem eigenen Sinn heraus hinzugefügte aussah. Aber obwohl dies nicht die Absicht war, so war es doch die Wirkung dieser Beschränkung, daß man da-

---

Stellung bei der Auflösung der Familie, und zwar ist es selbst diese Auflösung in der Sphäre des Vermögens" usf.) und, wie wir später im einzelnen sehen werden, notwendig bei jedem Schritt diesen geistvollen Mann zum Verfehlen seines Gegenstandes zwingen mußte. — Der nachfolgend im Text entwickelte Widerspruch in dieser Auffassung der Erbschaft treibt sich zur Marter in einem Aufsatz von Huschke im Rhein. Museum, welcher aber gerade dadurch, daß der Widerspruch hier schon als Marter sich selbst fühlbar geworden, eigentlich das Höchste bildet, was bisher in dem Gebiet des Erbrechtes geschrieben und in diesem Sinne selbst Gans überlegen ist. Wir werden diesen Aufsatz deshalb später einer eingehenden Betrachtung unterwerfen. (Siehe die Beilage zu Nr. XL. S. 646 fg.)

durch jetzt in einen entschiedenen Gegensatz zu der von den römischen Juristen bekundeten Auffassung gefallen war. In der bloßen Nebeneinanderstellung der Worte: „vermögensrechtliche Persönlichkeit“, hatte, wie das vermöge der inneren Dialektik des Begriffes bei jeder Zusammenbindung zweier begrifflichen Gegensätze, ohne ihre innere Dialektik zu bewältigen, der Fall sein muß, das eine Gegenteil das andere aufgegessen, das Vermögen die Persönlichkeit verschlungen.

So wenig dies bisher bemerkt worden ist, so unbestreitbar ist es doch, und muß schon nach der obigen Analyse der zweiten Ansicht evident sein. Von den beiden Faktoren, um die es sich beim Erbrecht überhaupt handeln kann, Person und Vermögen, und die ihrem Begriffe nach reine Gegensätze sind, war nach der Lehre der römischen Juristen die Person das einzige, was übertragen wird, und vom Vermögen gar keine Rede. Eine Person zieht die Haut der anderen an; und da sie somit jetzt diese Person ist, so ist zwar klar, daß ihr jetzt auch das Vermögen derselben gehören muß; aber nur jene Häutung ist die Substanz, die Seele, der Begriff dieses rechtlichen Prozesses, nicht die Vermögensübertragung, die als etwas ganz Sekundäres, als bloß zufällige, faktische Folge unerwähnt im Hintergrunde liegen bleibt. Hier kann man also sehen, daß, im Vergleich mit der zweiten Ansicht, die Persönlichkeit das Vermögen verschlungen hat, auf welches gar nicht geachtet wird. Nachdem aber, weil diese Auffassung durch ihre zu große Ausdehnung — da ja die rein persönlichen Rechte nicht mitangezogen werden — sich als offenbar unzutreffend ergeben mußte, nunmehr die anzuziehende Haut als die vermögensrechtliche Haut des Verstorbenen bestimmt wurde, ist jetzt das Gegenteil eingetreten, und die Persönlichkeit, die

durch das Erbinstitut übertragen werden sollte, ist aufgehoben und überall in das Vermögen zusammengesunken. Das Vermögen wird jetzt die Substanz und die Bedeutung dieses Prozesses; die Aufrechterhaltung der einzelnen vermögensrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten gegen die Gläubiger, die Übertragung der hinterlassenen Sachen an den Erben, kurz überall das Vermögen und seine Behandlung wird hier zum Zweck und Grund, zum Begriff und Inhalt dieses Institutes. Wo ist denn hier noch die Persönlichkeit des Erblassers, die Anschauung von ihrer Übertragung auf den Erben, die Personenidentität zwischen beiden geblieben? Diese Persönlichkeit ist hier überhaupt untergegangen; in ihrem Gegenteil, der Sachengesamtheit, dem Vermögen, liegt sie jetzt; sie hat hier überhaupt keine andere Bedeutung mehr, als eine unlebendige, nur mechanische Fiktion für die kunstgerechte Behandlung des Vermögens zu sein, d. h. sie wird hier zu einer nicht in der Substanz und Urbestimmtheit des römischen Volksgeistes mit Notwendigkeit lebenden Anschauung, die wir heute Fiktion nennen können, insofern wir diese Anschauung nicht mehr teilen, sondern sie wird zu einer von den römischen Juristen erfundenen, zu einer bloßen, d. h. als Fiktion gewußten Fiktion, zu einem juristischen Notbehelf für die Vermögensbehandlung (s. oben S. 27, Note 1).

Es zeigt sich also, daß, wenn in der Definition der römischen Juristen vom Wesen der Erbschaft die Personenidentität die Substanz dieses Begriffes bildet und der Vermögensbegriff von dieser verschlungen bleibt, in dieser zweiten Ansicht umgekehrt das Vermögen Substanz geworden und in den Vordergrund getreten ist, und die Übertragung der erblasserischen Persönlichkeit auf

den Erben, so sehr auch den Worten nach von ihr die Rede ist, doch der Sache nach untergegangen und vom Vermögen verschlungen worden ist, welches jetzt jene Vorstellung, die uns die Römer als das Wesen der Sache berichten, nur als ein mechanisch-fiktives Hilfsmittel in den Dienst seines ungestörten Funktionierens genommen hat.

Und so sehr ist diese von uns vollzogene dialektische Kritik die eigene Wahrheit dieser zweiten Ansicht, daß sie nicht bloß unsere negative Kritik ist, sondern ebenso in der Geschichte der Rechtswissenschaft selbst als die positive Folge jener Ansicht auftritt. Savigny ist es, welcher[1]) bei dem Punkte, wo diese Frage am entschiedensten zur Sprache kommen mußte, bei der Frage nach der Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft, dem Einklange gegenüber, mit welchem die zweite Ansicht den Autorenkreis beherrscht, in den noch größeren Irrtum verfällt, die Persönlichkeit der Erbschaft überhaupt zu leugnen, d. h. sie für eine Fiktion zu erklären, die von den römischen Juristen nur mit Rücksicht darauf, daß Sklaven zu einer Erbschaft gehören konnten, zum Behuf der Erleichterung gewisser Erwerbungsarten durch diese Sklaven erfunden worden sei und sich nur hierauf beschränkt habe[2]); daß es daher nicht zu

[1]) System, II, 363—373, § 102.

[2]) „Die einfachste und natürlichste Behandlung dieses Falles (der ruhenden Erbschaft)," sagt Savigny, a. a. O., S. 365, „wäre ohne Zweifel die, daß man von dem Tode an die Erbschaft als das Vermögen eines noch unbekannten Herrn ansähe, der aber doch einmal bekannt werden muß, und auf welchen dann alles zu beziehen ist, was sich in der Zwischenzeit mit diesem Vermögen etwa zutragen mag. Diese natürliche Behandlung der Sache ist es, welche das römische Recht nicht gelten lassen will, indem es an deren Stelle eine

rechtfertigen sei, wenn diese Fiktion noch als Bestandteil des heutigen römischen Rechtes aufgestellt werde. — Wenn die Autoren fast einstimmig wegen dieser Ansicht auf Savigny eingedrungen sind und gegen ihn Front gemacht haben, so ist nur zu verwundern, daß sie nicht gesehen haben, wie diese Ansicht, trotz ihres immensen Irrtumes, doch nur die unvermeidliche Konsequenz und aufgedeckte Wahrheit ihrer eigenen vorhin entwickelten Lehre ist. Sie sagt eben bloß heraus, was bei ihnen bereits tatsächlich vorhanden ist. Wenn einmal das Vermögen zur Substanz der Erbschaft und die Übertragung der Persönlichkeit nur eine zum Behuf der regulären Abwickelung dieses Vermögensmechanismus und seiner Funktionen gemachte Fiktion ist — so ist es eben eine als Fiktion gewußte Fiktion, eine juristische Erfindung, ein bloßer Notbehelf, in welchem die Persönlichkeit bloß Schein und Hilfsmittel, das Vermögensroulement das Lebendige und Fungierende ist. Was liegt denn daran, und welches ist der Unterschied, ob

---

Fiktion unter zwei verschiedenen Ausdrücken setzt." Und nun sucht er zu beweisen, was er S. 373 so zusammenfaßt: „Die eigentümliche Behandlung der ruhenden Erbschaft vermittels einer Fiktion beschränkte sich bei den Römern auf die Erleichterung gewisser Erwerbungen durch die zu der Erbschaft gehörenden Sklaven," worauf er dann die Folgerung zieht, daß, weil Sklavenerwerb jetzt fortgefallen, diese Fiktion überhaupt nicht mehr als ein Bestandteil des heutigen römischen Rechtes dargestellt werden könne. — Und sicher, daß, wenn der Begriff des römischen Erbtumes das Vermögen wäre, dies die natürlichste und einfachste Behandlung, ja die einzig mögliche wäre, wird niemals geleugnet werden können! Es wird dies bewiesen werden durch den Verlauf unserer Entwicklung, und ist objektiv bewiesen durch die Tatsache, daß solche Erbrechte, welche ihre Substanz im Vermögen haben, in der Tat von dieser Fiktion nichts wissen.

diese als Fiktion gewußte Fiktion bloß zur Erklärung und Vermittelung von nur mehreren einzelnen Fällen von Vermögenserwerbung, oder zur Erklärung und Vermittelung aller Fälle des Vermögensroulements überhaupt erfunden worden ist? Mit einer richtigen tieferen Ahnung ruft Böcking[1]) gegen Savigny aus: „Rechtsbegriffe, wie der hier in Rede stehende, sind nicht erfundene Regeln!" Aber eine solche „erfundene Regel" bleibt ja die Annahme der Persönlichkeit auch nach der von ihm vertretenen Ansicht, und muß sie bleiben, wenn das Wesen des Erbrechtes darin besteht, „Güterrecht" und „Entfaltung des Vermögensbegriffes" zu sein. Die Quantität oder Totalität der Fälle, zu deren Regulierung sie dient, macht an diesem ihrem Charakter einer bloßen juristischen Erfindung, eines für einen, dieser Persönlichkeitsanschauung selbst ganz fremden, verständigen Zweck — dem vermögensrechtlichen Bedürfnis — geschickt ersonnenen mechanischen Hilfsmittels keinen Unterschied. Eine substantielle organische Anschauung des Volksgeistes, von welcher jene juristische Fiktion bloß der Ausdruck und Abdruck sei, ist auch in dieser Ansicht weder aufgezeigt, noch innerhalb ihrer nur möglich.

Wir unsererseits können also Savignys Ansicht[2]), so sehr sie von den anderen bekämpft wird, kaum als eine dritte Ansicht, sondern nur als die mit scharfer Verständigkeit ausgesprochene Konsequenz jener zweiten auffassen, als die objektiv herausgetretene Unrichtigkeit und Auflösung derselben. Daß es für diese

[1]) Pandekten des römischen Privatrechtes, I, 232, Note 5.

[2]) Dieselbe ist auch insofern ganz richtig, als, wie sich später es zeigen wird, es durchaus nicht das Sachliche der Erbschaft ist, in welchem die Persönlichkeit derselben ruht.

zweite Ansicht keine Empfehlung ist, innerlich in dem nachgewiesenen begrifflichen Gegensatz mit der Definition der römischen Juristen zu stehen, leuchtet von selbst ein. Denn wenn nichts natürlicher ist, als daß ein Volksgeist in seinen Trägern nicht zur begrifflichen Sichselbstdurchsichtigkeit, zur klaren Selbsterkenntnis seines treibenden Inneren zu gelangen braucht, so ist doch wieder nichts unmöglicher, als daß er sich in ihnen so mißverstünde, um das Gegenteil seines Wesens für sein Wesen zu ergreifen. Inzwischen auch bei der Definition der römischen Juristen kann aus den oben angegebenen Gründen nicht stehen geblieben werden.

Das Wesen des römischen Erbrechtes muß also bestimmter und konkreter aufgefaßt werden, als mit dem zu weiten und von der Blutseinheit der Familie entlehnten Begriff der Personenidentität gegeben ist. Seine wahrhafte Entwickelung wird nur eine organische, aus der Substanz des römischen Volksgeistes selbst sein können, und diese organische Entwickelung ist es, zu der wir jetzt übergehen. —

Das Christentum und die germanische Welt pflegen als die Weltstufen bezeichnet zu werden, in denen die Unendlichkeit des Subjektes zum Bewußtsein gekommen und zum Prinzip proklamiert worden ist. Dies ist auch ganz richtig, wenn man, wie auch in der Regel der Fall, unter der Unendlichkeit des Subjektes die Unendlichkeit des subjektiven Geistes als des von aller Außenwelt abgelösten und rein auf seine eigene Innerlichkeit bezogenen Gedankenwesens versteht.

Dieser Unendlichkeit des Subjektes, welche die Unendlichkeit des Geistes ist, geht aber in der Geschichte vorher, und muß in ihr, als der stufenmäßigen Entwickelung des Geistes, vorhergehen, eine andere, äußer-

lichere Unendlichkeit des Subjektes, die Unendlichkeit des subjektiven Willens als der gerade noch auf die Außenwelt bezogenen und mit ihr als ihrem Gegenstand behafteten Innerlichkeit der Person.

Dies ist es, was die Bedeutung des römischen Erbrechtes und des römischen Geistes überhaupt ausmacht!

Es ist eine kurze, naive Stelle Quintilians, in welcher uns, bei richtiger Auffassung derselben, das innerste Geheimnis des römischen Geistes offenbart ist. „Denn nicht," ruft Quintilian aus[1]), „scheint irgendein anderer Trost über den Tod vorhanden zu sein, als der über den Tod hinausgehende Wille."

Die römische Unsterblichkeit — denn dies ist es, was wir als den wahren Sinn dieses Satzes in Anspruch nehmen — die römische Unsterblichkeit ist: das Testament!

Wir glauben, daß bei wahrem Verständnis schon mit diesem einen Satze und der von uns vorausgeschickten kurzen Begriffsexplikation das innerste Wesen des römischen Geistes entschleiert und die begriffliche historische Notwendigkeit seiner Schöpfungen bereits wie mit einem Schlage hell geworden sein muß. Denn nicht nur ist damit bereits die wahre Bedeutung und innere Entstehungsnotwendigkeit des römischen Erbrechtes gegeben, sondern es ist dadurch auch schon gegeben, warum das Recht überhaupt erst Schöpfung des römischen Volksgeistes

---

[1]) Quintiliani Declam. CCCVIII: „Neque enim *aliud* videtur *solatium mortis quam voluntas ultra mortem.* Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus."

sein kann und andererseits mit diesem Volke einen nie wieder erreichten Grad von Virtuosität und Vollendung erlangt. Denn indem diese Unendlichkeit des subjektiven Willens, als sich auf die Außenwelt beziehend und diese sich unterwerfend, das Geltende derselben ist, muß sie diese Außenwelt und ihre Verhältnisse als ein System der Willensgeltung hervorbringen, d. h. das System der Rechtsgliederung überhaupt schaffen. Oder die Unendlichkeit des subjektiven Willens läßt sich daher sofort auch aussprechen als die Unendlichkeit der Rechtssubjektivität überhaupt. Und die römische Welt kann sich daher durch kein späteres Volk und keinen späteren Gelehrtenstand in jener Schöpfung übertreffen oder erreichen lassen, weil dort das innerste Wesen des Volksgeistes auf sie als seine eigenste Substanz bezogen ist, wie der Geist der griechischen Welt auf die Plastik, der jüdischen auf die Religion.

Zugleich ist damit gegeben, inwiefern und warum gerade das Erbrecht als der eigenste spekulative Kern des ganzen römischen Rechtes erscheint und gerade dieser Mittelpunkt ein Ausbau von so großartiger, eigentümlicher und systematischer Vollendung ist, wie wiederum kein anderer im römischen Recht.

Es ist ferner damit erklärt die für uns fast unbegreifliche Rolle, welche das Testament ebenso in der Anschauung des Römers wie in der Geschichte seines Rechtes spielt, die Bedeutung, welche die testamentifactio bei ihm hat, und die unvergleiche Wichtigkeit und Heiligkeit, die er dem Testament beimißt[1]), eine Wichtigkeit, die sich

---

[1]) Daher das Erdrückende in der Bezeichnung eines intestabilis; siehe z. B. Horat. Satyr., II, 3, v. 181: . . . is *intestabilis et sacer esto.* Plautus, Curcul. Act., I, sc. 1: *Semper*

vollkommen wohl in Parallele stellen läßt mit der Richtung des Ägypters auf sein Grabmal, dessen Bereitung

---

caveto, ne sis *intestabilis;* vgl. das „improbus intestabilisque esto" der zwölf Tafeln; s. Gellius Noct. Att., XV, c. 13. Es wäre sehr irrig zu glauben, daß, weil intestabilis sowohl einen bezeichnet, der kein Testament machen, als einen, der kein Zeugnis leisten kann, hier vielleicht nur an letzteres zu denken sei. Zunächst fallen schon äußerlich beide Unfähigkeiten zusammen: Gajus, L. 26 qui test. (28, 1): „Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius ut quidem putant, neve ipsi dicatur testimonium," und Ulpian, L. 18, § 1, eod. tit.: „Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; *ergo* nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi." Woher kommt aber die römische Verknüpfung dieser für uns ganz verschiedenen Eigenschaften? Erst sub Nr. IV wird die innere Einheit beider von selbst klar werden. Wir werden daselbst sehen, daß und wie das Testament nichts anderes ist als eine Selbstbezeugung des Geistes (testatio mentis). Wer nicht Zeugnis ablegen kann, kann eben darum auch diesen höchsten Akt des Bezeugens, die Selbstbezeugung, nicht vornehmen, welche das Wesen des Testamentes ist, und dies stellt sich nur äußerlich-juristisch so dar, daß ihm nicht Zeugnis für diese geistige Selbstoffenbarung von anderen geleistet werden kann, „neve ipsi dicatur testimonium," er also kein Testament machen kann. — Ebenso: wer diese Selbstoffenbarung des eigenen Geistes, diese Verlautbarung des Inneren, nicht vornehmen kann, kann auch nichts bezeugen, was durch andere (Personen oder Vorgänge) in den Umfang dieses Geistes hineingesetzt worden ist. Denn alles Bezeugen von Tatsachen usw. ist als ein Bezeugen von Wahrnehmungen, immer ein Bezeugen des eigenen Inneren und seiner subjektiven Tätigkeit. Der Geist, der, von dieser Selbstoffenbarung einmal prinzipiell abgeschnitten, für sich selbst nicht mehr Geist und Subjekt ist, wird es daher auch nicht für andere sein, und somit auch für andere nicht Zeugnis ablegen können. Beidemal ist somit das Substantielle in dem Verhältnis und das Erschütternde bei der Bezeichnung

ihm als der hauptsächlichste Zweck seines Lebens erscheint[1]).

Es ist eine Stelle des Cicero, nicht minder kurz als jene Quintilianische, welche, mit den Augen des objektiven Begriffes betrachtet, nicht nur mit gleicher Deutlichkeit den Begriff des römischen Erbrechtes, sondern sogar, obwohl Cicero das Bewußtsein hierüber nicht hat, die wahrhafte historische Entwickelung des Erbrechtes bis zu den Römern hervortreten läßt. „Quid *procreatio liberorum,*" sagt Cicero (Tuscul. Quaest., I, c. 14), „quid *propagatio nominis,* quid *adoptiones* filiorum, quid *testamentorum* diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare?" „Was bedeutet die Erzeugung der Kinder, was die Fortpflanzung des Namens und die Adoption von Söhnen, was die Sorgfalt der Testamente, was die Monumente der Gräber selbst, was die Inschriften anderes als dies, daß wir sogar das Zukünftige erwägen?"

Wir sagen, daß diese Stelle nur mit den Augen des Begriffes betrachtet zu werden braucht, um in einer das direkte Bewußtsein Ciceros noch übersteigenden Weise den wahrhaften gedankenmäßigen Verlauf der welthistorischen Entwickelung des Erbrechtes und den spezifischen Unterschied des römischen zu ergeben.

Die Erzeugung der Kinder, das erste der von Cicero erwähnten Momente, ist die natürliche und wahrhafte Fortpflanzung der Person. Hier ist durch die

---

eines intestabilis nur diese Unfähigkeit des Sichselbstbezeugens oder die Testierunfähigkeit. Vgl. noch unten S. 327, Note 1.

[1]) Von hier aus fällt nun auch sofort auf die so enge Verbindung des Testamentes mit den religiösen Ideen der Römer und den sacris ein helles Licht, worüber später.

Identität des Blutes wirkliche Personenidentität in der Familie vorhanden, und auf dieser natürlichen Personenidentität beruht die erste Hauptgestalt des Erbrechtes, das Familienintestatrecht der orientalischen Welt.

Das zweite der von Cicero hervorgehobenen Momente ist die propagatio nominis, die durch die Adoption bewirkte Fortpflanzung des Namens (nur rednerischerweise zerlegt Cicero die propagatio nominis und die adoptio filiorum in zwei Glieder). Was hier wirklich hervorgebracht wird, ist schon nicht mehr Personen-, sondern Namensidentität. Durch sie wird bewirkt, daß der Name des einzelnen fortlebt in seinem Volke, und sie wird daher hauptsächlich da hervortreten, wo der einzelne sich noch nicht in sein subjektives Wesen zurückgezogen hat, sondern wo für ihn selbst auf seinem Verhältnis zu seinem Volksganzen der substantielle Wert und die wahrhafte Unendlichkeit seines Wesens beruht. Das auf Adoption beruhende Erbrecht spielt daher konsequent seine Hauptrolle in der griechischen Welt[1]).

Das dritte von Cicero parallelisierte Moment sind endlich die Testamente, die sich im Gegensatz zu der propogatio nominis, in die er selbst die Adoption auflöst, auch ohne die Aushilfe jener Quintilianischen Stelle von selbst auflösen in eine *propagatio voluntatis,* in eine Fortpflanzung des subjektiven Willens als solchen. Es ist nicht mehr die natürliche Fortpflanzung und Unsterblichkeit des einzelnen, welche in der Zeugung der Familie, nicht mehr die Fortpflanzung und Unsterblichkeit des Namens, welche in der Adoption

---

[1]) Siehe Gans, Erbrecht, I, 383 fg., 315 fg.

vor sich geht, es ist die Fortpflanzung und Unsterblichkeit des subjektiven Willens als solchen, welche im Testament sich Dasein gibt und das Wesen des römischen Erbrechtes bildet[1]).

Die Fortpflanzung und Unendlichkeit des subjektiven Willens — als der noch diesseitigen und auf die diesseitige reale Außenwelt als ihren Gegenstand bezogenen Innerlichkeit des Menschen —, dies also ist das in seiner Bestimmtheit ausgedrückte wahre Wesen des römischen Erbrechtes.

Das Testament ist die Weise, in welcher die Unendlichkeit des Subjektes dem römischen Geiste aufgegangen und von ihm erobert worden ist.

Zugleich hat sich hier also bereits die positive Seite und das dialektische Fortschrittsmoment ergeben, welches das Testament in der welthistorischen Entwickelung der Freiheitsidee darstellt, ein positiver Gehalt, welchen Gans

---

[1]) Gans tut daher Cicero sehr unrecht, wenn er (Erbrecht, II, 148) von diesen Worten desselben tadelnd sagt: „Cicero stellt hier die fleißige Abfassung der Testamente auf gleiche Linie mit den substantiellsten Forderungen der Familie, des Geschlechtes und der Religion." Es liegt hierin ein gänzliches Verkennen der objektiven Idee des Testamentes und des oben aufgezeigten wahrhaften Gedankens der Ciceronianischen Stelle. Cicero will beweisen, daß die Menschen auf die Zeit nach ihrem Tode sehen (futura cogitare), und erfaßt ganz richtig diese Selbstkontinuation seiner als den gemeinschaftlichen Grundgedanken der drei analogen und dennoch differenten Institute, der Familie, der Adoption und des Testamentes, in welchen das Privatrecht diese Verewigung des Individuums vollzieht. Zugleich ist in dem Testament der historische Fortschritt anzuerkennen, daß hier das Wesen der Persönlichkeit in die von der Unmittelbarkeit derselben befreite Innerlichkeit des Willens gesetzt ist.

vollkommen übersieht, wenn er dem römischen Testament immer nur seine negative Seite und Kritik, „die Leerheit und Willkür seines Setzens", entgegenhält[1]). So richtig dies für heute sein mag, so wesentlich ist es, zuvor das affirmative Moment zu begreifen, welches die römische Testamentsidee darstellt, und welches gerade darin besteht, in die von der Schranke der natürlichen und geschlechtlichen Unmittelbarkeit befreite reine Innerlichkeit des Willens das Wesen und die Unendlichkeit der Subjektivität verlegt zu haben. Dieser Triumph der reinen Willensfreiheit, der abstrakten Innerlichkeit, ist es, welche das Römertum befähigt, die unmittelbare dialektische Vorstufe für die noch tiefere und abstraktere Innerlichkeit des christlichen Geistes zu werden.

Soll aber der subjektive Wille sich wahrhaft als unendlich setzen, trotz der ihm in der Sterblichkeit der Person entgegenstehenden Grenze, so kann er diese Endlichkeit nur dadurch überwinden, daß er die Gewalt hat, aus seiner freien Innerlichkeit heraus eine andere Person zu seinem Fortsetzer und Träger zu ernennen, und so eine andere Willensperson zum fortlaufenden Dasein seiner selbst zu machen[2]). Es würde für die Unendlich-

---

1) Siehe Gans allerwärts z. B. II, 31 fg., 175, 183 fg., 232 fg. u. a. a. O.

2) Wie schon aus dem Bisherigen hervorgeht, behandeln wir einstweilen den testamentarischen Erben immer als den Erben überhaupt, also als den gemeinschaftlichen Repräsentanten von Testaments- und Intestaterbtum. Das besondere Verhältnis von testamentarischem und Intestaterbrecht zueinander, und der Unterschied und Gegensatz zwischen ihnen, der unbeschadet ihrer Einheit besteht, wird und kann erst später (in den Nrn. XXII, XXVI, XL) zur Entwicklung gelangen. Dort wird sich dann auch unsere Berechtigung, den testamentarischen Erben als den gemeinschaftlichen Repräsen-

keit des Willens nicht ausreichen, wenn er nur eine Verfügung über die Verteilung des Vermögens nach dem Tode

---

tanten von testamentarischem und Intestaterbrecht zu nehmen, entscheidend und konkret nachweisen. Hier kann dieselbe nur vorläufig mit den beiden Gründen belegt werden: daß doch offenbar testamentarischer und Intestaterbe den gemeinsamen Begriff haben, zivilrechtliche Erben zu sein, und zweitens, daß doch auch schon das bloße Gefühl häufig, wenn auch unklar genug, herausfühlt und herausgefühlt hat, daß der testamentarische Erbe die eigentliche Spitze und der Gipfel des römischen Erbrechtes sei. Er wird sich uns eben als die adäquateste Realität des römischen Erbbegriffes ergeben. An ihm müssen daher die realen Momente dieses Begriffes bloßgelegt werden, und dann erst kann, da ja nie alles auf einmal gesagt werden kann, zu dem Unterschiede innerhalb des Erbtumes übergegangen werden. Wir sind daher zu dieser vorläufigen Identifikation alles Erbtums mit dem testamentarischen ebenso berechtigt wie genötigt. Freilich wird jener schon durch die äußere Wichtigkeit, mit welcher die Römer den testamentarischen Erben behandeln, gefühlsmäßig eingeräumte Satz, daß er die höchste Entfaltung des römischen Erbrechtes sei, auch wo er zugegeben wird, immer nur so ganz im allgemeinen zugegeben. Sowie bestimmt auf das Verhältnis des testamentarischen zum Intestaterbrecht eingegangen wird, ist die herrschende Ansicht vielmehr die ganz entgegengesetzte. Hier wird vielmehr und zwar von den trefflichsten Autoren gelehrt: das Prinzipale des Erbrechtes sei das Intestaterbrecht als das Vermögensrecht der Familie. Erst aus ihm habe sich die Befugnis des abweichenden Verfügens entwickelt. So definiert z. B. Böcking in einer schon oben (S. 27, 2) bezeichneten Stelle das Erbrecht als das „Güterrecht der sich auflösenden Familie," nennt es (Pandekten des römischen Privatrechtes, I, 130, Nr. 2) „ein auf Familienrecht beruhendes und aus ihm hervorgehendes Vermögensrecht," und das. S. 130, Note 8, sagt er ganz bestimmt: „Es wird sich im dritten Buche herausstellen, daß auch nach römischer Rechtsansicht alles Erbrecht eigentlich ein Recht der Familienglieder, das testamentarische Erbrecht nur aus der Möglichkeit und

getroffen hat. Denn hiermit würde die Dauer des erblasserischen Willens nur einen Moment lang über seine

---

Statthaftigkeit hervorgegangen ist, das natürliche Element in dem sittlichen Bande der Familie zu ersetzen." Ebenso nennen Mommsen, Jhering u. a. das Testament mit Bezug auf das testamentum calatis comitiis eine „Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge" usw.

Gewiß, wäre dem so, so würde unser Weg, von dem testamentarischen Erben auszugehen, als ein prinzipiell falscher Weg notwendig zu einem falschen Ziele führen müssen. Aber nicht nur dahin führen würde er, sondern unser Begriff hätte von Haus aus schon inhaltlich das Falsche in sich. Bereits muß der inhaltliche Gegensatz, in welchem der von uns aufgestellte römische Erbtumsbegriff zu der eben referierten Auffassung steht, klar genug sein. Denn nach uns besteht der Begriff und die historische Bedeutung des römischen Erbtums ja gerade darin, daß dem subjektiven Willen, und somit auch durch die reine Willensinnerlichkeit, frei von aller Unmittelbarkeit und allen Banden der Natürlichkeit, des Blutes und der Familie, fortexistierende Unendlichkeit gegeben werde. Es ist die innere Unendlichkeit des subjektiven Willens, die sich zum Bewußtsein gekommen ist und zu ihrer Realisierung die Schranken des Todes bricht. Darum kann sie auch in dieser Selbstrealisierung nichts anderes als sich selbst, diese Willensunendlichkeit, ausführen und an keinen anderen Inhalt gebunden sein.

Es zeigt sich aber auch sofort, daß die referierte Ansicht der Autoren über das Verhältnis des testamentarischen zum Intestaterbrecht, wie unvermeidlich sie auch war, wenn man einmal vom Vermögen als der Substanz des Erbtums ausging, doch einen der radikalsten und größten Irrtümer darstellt, der auf dem Gebiete des Erbrechtes überhaupt möglich ist, und der mit allem Positiven und Historischen des römischen Rechtes in dem grundsätzlichsten Gegensatz steht. Während nach dieser Ansicht das Intestaterbrecht das Prinzipale des Erbrechtes ist und das testamentarische nur die Bedeutung eines erlaubten Abweichens und Ersetzens hat, gilt bei den Römern gerade das Umgekehrte, daß das Testa-

natürliche Dauer hinaus verlängert, dann aber dennoch erloschen sein. Soll also mit dem spekulativen Begriff Ernst gemacht werden, und soll der von uns entwickelte Begriff wirklich die Seele des römischen Testamentes sein, so müßte die wahre Bedeutung des Testamentes nicht sowohl darin liegen, daß eine Verfügung über die hinterlassenen Vermögenssachen getroffen, sondern darin, daß ein Willenssukzessor geschaffen ist, und beides müßte nur zufällig miteinander zusammenfallen, ebensowohl aber auch sich trennen und auseinandertreten können, und gerade bei dieser Trennung müßte dann ganz deutlich hervortreten, wie die Bedeutung des Testa-

---

ment das Prinzipale ist und das Intestaterbrecht nur subsidiäre Bedeutung hat. Ulpian, L. 39 de acqu. vel om. her. (29, 2): „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur." Das Intestaterbrecht soll also überhaupt nur platzgreifen ganz subsidiär, wenn nicht testiert worden ist! Eigentümliches Schicksal der nichtspekulativen, juristischen Verstandesbetrachtung, daß sie stets mit ihrem Stoff und ihren Quellen in den entschiedensten Widerspruch treten muß! Nicht weniger aber wie ihrem dogmatischen Stoffe widerspricht jene Ansicht dem historischen Gange desselben; denn während das älteste, mit Gewißheit bekannte Recht, das Zwölftafelrecht, absolute Freiheit des Testierens gewährt und von jeder Rücksicht auf die Familienglieder entbindet, erkämpft sich das wirkliche Familienrecht (das Erbrecht der Kognaten) erst langsam und schrittweise und nur durch prätorische Hilfe in Rom seine Anerkennung (vgl. später über die querela inofficiosi, Nr. X). Und drittens ist das alte zivile Intestaterbrecht — abgesehen von seinem subsidiären Charakter — etwas ganz anderes als ein Familienerbrecht in dem hierbei gemeinten Sinne, wie wir später sehen werden.

Um nichts richtiger als die geschilderte Ansicht ist aber jene von Gans, nach welcher das Intestaterbrecht zwar nicht das Prinzipale des Erbrechtes, und das testamentarische bloß sein

mentes nicht in der Verfügung über das Vermögen, sondern in der Hervorbringung einer Willenskontinuität besteht.

Und wie dies hier als ein Postulat des apriorischen Begriffes der Unendlichkeit des subjektiven Willens von der Seite seiner Dauer entwickelt worden ist, so kann ganz die entsprechende Konsequenz auch aus dem Inhalt des Willensbegriffes entwickelt werden. Soll die Unendlichkeit des subjektiven Willens das sein, was durch das Testament bewirkt wird, so kann die Willensinnerlichkeit des Testators ebensowenig an dem Vermögen desselben seine Grenze haben, wie die Willens-

---

Surrogat, beide vielmehr einander gleich gegenüberstehende kämpfende und unversöhnte Gegensätze sind, deren Kampf die geschichtliche Entwicklung des römischen Rechtes ausmache, ein Dualismus, in welchem das Intestaterbrecht das substantielle Prinzip (die Seite der Familie), das testamentarische dagegen die leere Willkür darstelle. Es sind das alles lauter Gegenteile des Richtigen, wodurch die Bedeutung des römischen Rechtes und seiner Geschichte geradezu auf den Kopf gestellt wird.

Wir werden auf alle diese Punkte später näher zurückkommen, wenn erst die Grundlagen zu ihrer entscheidenden Lösung gelegt sein werden. Hier genügt es, gegen Gans darauf aufmerksam zu machen, daß der koordinierte und gleichberechtigte Dualismus, den er dem testamentarischen und Intestaterbrecht als ihre Stellung zueinander anweist, durch den römischen Hauptgrundsatz von der nur subsidiären Bedeutung alles Intestaterbrechtes ebenso sehr widerlegt wird, wie die erste Ansicht. — Hier genügt es hervorzuheben, daß, wenn es römischer Hauptgrundsatz ist, das Intestaterbrecht habe nur subsidiäre Bedeutung, es somit der durchaus angemessene und absolut notwendige Weg ist, zuerst das testamentarische Erbtum als den prinzipalen Repräsentanten des Erbtums überhaupt zu entwickeln — und sich dann erst mit seinem Surrogat zu beschäftigen.

innerlichkeit irgendeines lebenden Menschen an seinem Vermögen ihre inhaltliche Grenze hat. Der Wille ist vielmehr eine freie Innerlichkeit, die sich auf die gesamte Außenwelt als ihren Gegenstand bezieht, und das Vermögen eines Menschen bildet nur das unmittelbare Dasein und die schon vorhandenen realen Ausführungsmittel dieses Willens, aber nicht seine inhaltliche Grenze. Es müßte also, wenn der spekulative Begriff in seinem Rechte sein soll, der Wille des Testators sowohl über die Grenze seines Vermögens hinausgreifen, als sich überhaupt von demselben ganz trennen können, und es müßte sich daher auch von hier aus nicht nur die ideelle Bedeutung ergeben, daß, so paradox dies zunächst klingt, der Testator auf den Erben nicht sein Vermögen, sondern, auch wo beides zusammengeht, nur seinen Willen (und ersteres lediglich als Akzessorium des letzteren) vererbt; sondern es müßte sogar zur deutlicheren Bestätigung dieser spekulativen Wahrheit auch von hier aus wieder die reale Trennung und Auseinanderhaltung beider Momente auch tatsächlich eintreten können, und diese Trennung gerade das echtere und reinere, das spezifische Verhältnis des Erbtumsbegriffes bilden.

Was in dem Vorstehenden als die strengen Konsequenzen des apriorischen Begriffes entwickelt worden ist, das ist vorläufig aufs schärfste festzuhalten. Denn diese ganze entwickelte Ideenreihe, bis in ihre rigorosesten Folgerungen hinein, und besonders auch der zunächst so paradox klingende Satz, daß der Erbe nicht das Vermögen, sondern den Willen des Erblassers erbt, und daß deshalb auch beides, Erbtum und Vermögen, in reale Trennung auseinandertreten kann und selbst muß, ja sogar daß diese Trennung gerade das

begrifflich-reinere, echtere und spezifischere und darum bessere Dasein des zivilistischen Erbtums bildet, wird sich im Verlauf, und zwar sehr bald, als das Reale des römischen Erbrechtes ergeben, und es wird sich zeigen, wie gerade nur hierin der wahre, stets übersehene Schlüssel zu dem Wesen des römischen Erbrechtes liegt, ohne welchen das Verständnis desselben daher durchaus verschlossen und unzugänglich bleiben mußte. — Zunächst haben wir aber noch, ehe wir uns zu dem formalen und realen Testamentsrecht selbst wenden können, im Interesse systematischer Aufhellung eine Grundlage desselben zu betrachten.

II. Die Sacra und ihre Beziehung zum Erbtum. Der Wechsel im Pontifikalrecht.

Schon oben haben wir, als wir jenes intestabilis et sacer und jener unvergleichlichen Heiligkeit und Wichtigkeit gedachten, die der Römer dem Testament beimißt, als wir hierbei den Vergleich mit der Richtung des Ägypters auf sein Grabmal zogen, dessen Bereitung ihm als der hauptsächlichste Zweck seines Lebens erscheint, hierzu die Bemerkung gemacht (S. 36 und 37), daß von hier aus nun ein helles Licht auf die enge Verbindung fällt, in welcher das Testament mit den religiösen Ideen der Römer und speziell mit den sacris gestanden habe. Aber schon mit der ersten Begriffsentwickelung, schon mit dem Satze: „die römische Unsterblichkeit ist — das Testament", mußte die innere Notwendigkeit und der bestimmte begriffliche Zusammenhang dieser Verbindung fühlbar zutage getreten sein.

Nach den bisherigen Auffassungen des Erbrechtes war dies keineswegs der Fall. Zwar die Tatsache der Verbindung des Testamentes mit der religiösen Substanz der Römer transpirierte von zu vielen Seiten her, der Zusammenhang der sacra mit demselben war durch zu viele Zeugnisse positiv überliefert, um nicht in dieser positiven Tatsächlichkeit anerkannt zu werden. Aber hierbei hatte es auch sein Bewenden. Nicht einmal die Frage nach dem bestimmten inneren Grunde dieser so engen Verbindung wurde aufgeworfen. Und doch nimmt man es offenbar viel zu leicht, wenn man dieselbe als eine bei der Natur des testamentarischen Aktes ganz selbstredende und keiner Erklärung bedürftige betrachtet!

Wenn Cicero fragt: „Denn was geht denn den Pontifex das Recht der Scheidemauern der Häuser, oder der Gewässer, oder überhaupt irgendeins an?"[1]), so ist ebenso allen Ernstes weiter zu fragen: Was geht ihn das Testament an, wenn dieses doch nur eine Vermögensverfügung und das Erbrecht also ein Vermögensrecht, wie jene andere, bildet? Und es würde dann in der Tat das römische Pontifikalrecht ebensowenig angegangen haben, wie unser heutiges Testament, weil dieses wirklich eine Vermögensverfügung darstellt, mit unserem kirchlichen Rechte zu tun hat[2]).

---

[1]) De legib., II, c. 19: quid enim ad Pontificem de jure parietum aut aquarum aut ullo omnino?

[2]) Selbst das Kanonische Recht läßt sich auf das Erbrecht nicht ein, soweit es sich nicht um das Vermögen der eigenen Mitglieder der Kirche oder um ihr selbst vermachte Erbschaften und Legate (ad pias causas) handelt, und nur aus diesem direkten Interesse sucht sie die Gerichtsbarkeit über die Testamente überhaupt an sich zu bringen und die Form

Wenn also Cicero daselbst fortfährt: „Also nur, was mit der Religion verbunden ist. Dies aber, wieviel umfaßt dies denn überhaupt? Die Bestimmungen über die sacra, denke ich, über die Gelübde, über die Feiertage, über die Gräber und was es etwa noch Derartiges gibt"[1]), so war diese religiöse Verbindung von Testament oder Erbtum überhaupt und den sacris damals zwar dem unmittelbaren Gefühle jedes Hörers gegenwärtig, für heute aber bedarf sie eines theoretischen Nachweises ihrer inneren Beschaffenheit und Notwendigkeit, ein Nachweis, zu welchem die Elemente in dem Bisherigen bereits vorliegen.

Das römische Testament (respektive Erbtum überhaupt), sagten wir, ist die realisierte Unendlichkeit des subjektiven Willens.

Allein der Wille ist selbst wieder in sich unterschiedener Natur. Was in dem Willen das Unendliche ist, ist nicht der einzelne, bestimmte Willensakt, sondern die durch jeden solchen Willensakt hindurchgehende allgemeine Willenssubjektivität selbst, diese Fähigkeit des Wollens und Fürsichseins, also das Wesen des Willens, welches freilich auch in jeder einzelnen Willensäußerung zur Erzitterung gelangt. Nicht unendlich dagegen ist der einzelne inhaltliche Wille als solcher.

---

derselben zu erleichtern, wie dies gut hervorgehoben ist in der Behandlung des Kanonischen Rechtes bei Gans, Erbrecht, III, 135 fg.

[1]) A. a. O.: „Ergo, quod cum religione conjunctum est. Id autem quantulum est? de sacris, credo, de votis, de feriis, de sepulcris et si quid ejusmodi est." Die nachfolgende Entwicklung wird von selbst hervortreten lassen, wie alles dies, sacra, vota etc., nur Momente einer Begriffsreihe sind.

Dieser hat vielmehr in dem bestimmten endlichen Inhalt und Gegenstand, auf den er bezogen ist, die Notwendigkeit seiner eigenen Endlichkeit und Vergänglichkeit. Der Wille will etwas in bezug auf einen Gegenstand. Somit will er dies nur, so lange dieser Gegenstand existiert, und unter anderweitigen bestimmten Umständen. Mit diesen bestimmten Umständen und jedenfalls mit der Existenz dieses bestimmten und zufälligen Gegenstandes geht dieser Wille notwendig wieder vorüber. Der Wille hat also in der Endlichkeit des bestimmten Inhaltes, auf den er sich bezieht, die Notwendigkeit seiner eigenen Endlichkeit. Jeder Wille ist sogar innerhalb der wollenden Willenssubjektivität selbst ein mit ihr nicht Gleichdauerndes, wieder Verschwindendes.

Jede bestimmte Willensäußerung ist also eine Schwingung, in welcher das Unendliche des Willens wohl zur erklingenden Erzitterung, aber in dieser Äußerung nicht zur Gleichheit mit seinem sich darin äußernden Wesen gelangt. Diese Äußerung ist vielmehr immer ebenso eine Entäußerung und Verendlichung desselben.

Einen Gegenstand aber gibt es notwendig, auf welchen bezogen der Wille diese im Willensakt ihm durch den endlichen Inhalt desselben widerfahrende Verendlichung seines unendlichen Wesens nicht erleidet. Es ist die Beziehung des Willens auf das rein Unendliche selbst, oder die Gottheit. Der hierauf bezogene subjektive Wille ist nicht mehr sinnlicher und besonderer, dieser oder jener zufällige Wille, verschwindend mit der Zufälligkeit seines endlichen Gegenstandes. Vielmehr auf das Absolute selbst bezogen, tritt hier der subjektive Wille in seiner idealsten, reinsten, vom Zufälligen des Stoffes befreiten, sich selbst gleichen Form heraus. Diese Beziehung des subjektiven Willens auf die Gottheit ist im Willen wieder

das Bleibende des Willens. Mit anderen Worten: In der Beziehung des subjektiven Willens auf die Gottheit ist der einzelne Willensakt von derselben Idealität und Unendlichkeit, wie das Wesen des Willens, die allgemeine Willenssubjektivität selbst. Die Beziehung des Willens auf die Gottheit ist also diejenige einzelne Äußerung des subjektiven Willens, in welcher derselbe in Gleichheit und Identität mit seinem sich äußernden Wesen, mit seiner eigenen Unendlichkeit verbleibt, eine Schwingung, in deren Erklingung die Substanz des Willens nicht bloß zum Erzittern, sondern zum vollen Austönen ihrer Unendlichkeit, zu einem dem Willensbegriff adäquaten Dasein gelangt. Jede Beziehung des subjektiven Willens auf die Gottheit ist also, obwohl einzelner, bestimmter Willensakt, dennoch um der adäquaten Form willen, in welcher der Wille sich hier realisiert, oder respektive was von diesem der Grund ist, um der Unendlichkeit des Gegenstandes willen, auf den sich der subjektive Wille hier bezieht, identisch und auf gleicher Linie stehend mit dem Dasein dieser Willenssubjektivität überhaupt.

Jetzt muß aber der innere Zusammenhang von sacra und Erbtum bereits in vollster Evidenz stehen. Denn es bedarf nunmehr zu seiner Heraushebung nur noch der beiden folgenden von selbst klaren Sätze: Die Beziehung des subjektiven Willens auf die Gottheit — das in bezug auf den Gott Gewollte — ist das *votum.* Und die Realisation der vota sind die dem Gotte gestifteten *sacra.*

Daher die Notwendigkeit, daß die sacra privata, und zwar gerade wieder die *sacra singuli hominis*[1]*),* die von

---

[1]) Siehe Festus, v⁰ Publica sacra, p. 245, ed. Müller: ... at privata, quae pro *singulis hominibus,* familiis, gentibus fiunt. Sehr richtig weist Savigny nach (Zeitschrift für ge-

dem einzelnen Subjekt dem Gotte für seine Person gemachten Stiftungen, eine von dem Erbtum unzertrennliche Grundlage desselben bilden. Sie müssen dieselbe bilden, denn beide sind, wie wir gesehen haben, nur ganz und gar dasselbe: die realisierte Willensunsterblichkeit!

Die ideale Beziehung, welche sich der subjektive Wille in den votis[1]) und sacris zur Gottheit gegeben hat, soll

---

schichtliche Rechtswissenschaft, II, 383 fg.), daß diese Familiensacra auf einem bloßen Irrtum des Festus beruhen und es keine anderen sacra privata gegeben hat als die sacra *singuli hominis* — von denen auch die angezogene und bald näher zu betrachtende Stelle des Cicero ausschließlich handelt — und die sacra gentilitia.

[1]) . . . *voti* enim obligationem ad heredem transire *constat;* Ulpian, L. 2, § 2, de pollicit. (50, 12). Hier bereits kommt es zum Klappen, daß die Substanz des Erbtums nicht das Vermögen, daß es nicht die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Erblassers ist, die auf den Erben übergeht. Denn wie könnte dann der bloß ideale Schwur, den der Erblasser Gott ablegt, wie könnte dies rein persönliche innere Verhältnis, aus welchem für niemand Vermögensrechte entstehen, auf den Erben übergehen? Mit einer durchaus richtigen, hoch anzuerkennenden Konsequenz lehrt daher Hugo Grotius, weil er (s. oben S. 24) sich zu der Lehre von dem Übergang der bloß „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" auf den Erben bekennt, daß durch den bloß Gott abgelegten Schwur der Erbe nicht verpflichtet werde, a. a. O., II, Kap. 13, § 17, S. 460, Frankfurter Ausgabe von 1696: „Verum illud notandum est, quoties non personae jus nascitur ex tali aliquo defectu, qualem diximus, sed *Deo obstringitur fides*, heredem ejus qui juravit *non teneri.* Quia ad heredem *sicut bona transeunt,* id est quae in *hominum sunt commercio, ita bonorum onera;* non item alia quae quis ex officio, puta pietatis, gratiae, fidei debuit. Haec enim ad illud quod stricte *jus* dicitur inter homines non pertinent, ut alibi quoque ostendere meminimus." Hierbei hat nun aber Grotius, wie Ulpian konstatiert, alle römischen Juristen sich gegenüber. Die Nachfolger

perpetuiert werden, wie das Erbtum die Existenz dieser Willenssubjektivität selbst perpetuiert. Und jene Beziehung muß perpetuiert werden, wenn und so lange von einer Fortexistenz dieser Willenssubjektivität (Erben) die Rede sein soll; denn, als Beziehung des subjektiven Willens auf das Unendliche selbst, enthält sie das Unendliche, wie es für diesen Willen vorhanden ist, und also — da hier ja vom subjektiven Willen die Rede ist, dessen Sein in seinem Fürsichsein besteht — das wahrhaft Unendliche dieses subjektiven Willens. Oder, wie wir vorher sagten, die Beziehung des subjektiven Willens auf die Gottheit ist im Willen wieder das Bleibende des Willens, oder das Allgemeine im Willen, und also identisch mit dem Dasein dieser Willenssubjektivität selbst. Letztere kann also nicht nach dem Tode fortdauern, die Unendlichkeit des subjektiven Willens nicht realisiert sein, wenn nicht auch die einzelnen Beziehungen, die er sich auf die Gottheit durch vota und sacra gegeben hat, ins Unendliche fortdauern. Darum sagt Cicero, die Wissenschaft der sacra fasse sich in den einen Satz zusammen: *ut sint perpetua*[1]), gerade wie wir oben sagten, der Begriff des römischen Erbtums fasse sich in den einen Satz zusammen, daß der subjektive Wille ins Unendliche als fortexistierend perpetuiert werde.

---

von Grotius aber, die, trotzdem sie dieselbe Lehre von dem Übergang der „vermögensrechtlichen" Persönlichkeit aufstellen, ihm in diesen Konflikt hinein zu folgen vermeiden, ermangeln darin sehr der hohen begrifflichen Kraft und Konsequenz ihres großen Vorgängers.

[1]) De leg., II, 19: Cur igitur haec tanta facimus, cum caetera perparva sint; de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur *semper* et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, *perpetua* sint sacra.

Von der entwickelten Grundidee der sacra privata aus begreift sich nun alles sie Betreffende[1]; wir aber haben es hier nur mit dem zu tun, was unmittelbar zu unserem Gegenstande gehört.

So mag zunächst erwähnt werden, wie durch das Gesagte zuvörderst eine Bestimmung in völlige Klarheit tritt, die bisher ganz unbegreiflich bleiben mußte. Der römische filius familias kann sich bekanntlich aus allen Gründen gültig obligieren, und kann sogar, als ob er pater familias wäre, sofort eingeklagt werden[2]. Durch das Votum aber, das der Sohn ohne den Willen des Vaters gelobt, wird er nicht verpflichtet. Ulpian[3]: „... filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligatur." Wenn dies sonst eine unbegriffene „singuläre Ausnahme" darstellen mußte[4], um so mehr, als ja der filius auch durch jede gewöhnliche Pollizitation[5], durch die ein pater familias verpflichtet wird[6], gleichfalls obligiert wird, und nur gerade durch die stärkere Pollizitation des Votums nicht verpflichtet werden soll, so muß diese Befremdlichkeit jetzt fortgefallen sein. Denn das Votum, wie wir gesehen haben, als die Be-

---

[1]) Z. B. jetzt auch die „detestatio sacrorum", welche der Adoption vorhergehen mußte und über welche der Rechtsgelehrte Servius Sulpicius ein Werk schrieb. Aul. Gellius, Noct. att., lib. VI, c. 12.

[2]) L. 39 de o. et a. (44, 7): Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest. — L. 57 de jud. (5, 1); L. 141, § 2, de v. o. (45, 1) etc.

[3]) L. 2, § 2, de pollicit. (50, 12)

[4]) Savigny, System, II, 54, Note t.

[5]) Denn ex omnibus causis wird er verpflichtet, s. Anmerk. 2.

[6]) Vgl. den Digestentitel de pollicitationibus (50, 12).

ziehung, die sich der subjektive Wille auf das Unendliche gibt, ist selbst das Setzen des Verhältnisses, welches für diesen subjektiven Willen zum Unendlichen vorhanden sein soll, und also selbst das Heraussetzen seiner eigenen fürsichseienden Unendlichkeit und gleichbedeutend mit dem Fürsichsein dieser Willenssubjektivität überhaupt. Dieses Setzens seiner fürsichseienden Unendlichkeit oder des Votums kann daher nur der fähig sein, welcher bereits eine für sich seiende Willenssubjektivität ist, und somit nicht der in der Gewalt stehende Sohn, welcher das Fürsichsein seiner Willensunendlichkeit noch in einem anderen, dem Vater, hat und also die Unendlichkeit der subjektiven Willensinnerlichkeit noch gar nicht erreicht hat[1]).

---

[1]) Wie sich dies später durch die Entwicklung des römischen Familienbegriffes beim suus deutlich zeigen wird. Daselbst wird auch klar werden, warum der Sohn andere Obligationen gültig eingehen können muß.

Übrigens folgt aus dem Obigen auch der Grund des Unterschiedes in der Behandlung der Pollizitationen und des Votums, sowohl in bezug auf den Votierenden selbst, als auf den Erben. Das Votum ist im juristischen Sinne eine pollicitatio sine causa. Die pollicitationes sine causa verbinden nicht, weder den Versprechenden noch dessen Erben (Ulpian, L. 1, §§ 1 u. 2, de pollic., 50, 12), wohl aber die Vota: Ulpian, L. 2 das.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Und zwar darf man dies sich nicht so erklären, als wäre die Sache, welche den Gegenstand des Votums bildet, durch das Gelübde geweiht. Das Verhältnis bleibt vielmehr ein rein persönliches und die Sache wird nicht zur res sacra. Ulpian, a. a. O.: „Quae res *personam voventis,* non *rem,* quae vovetur, obligat; res enim quae vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur.“ Ebenso heißt es in bezug auf das Erbrecht beim Votum: . . . voti enim obligationem *ad heredem transire* constat (Ulpian, § 2, a. a. O.), während

Durch die nachgewiesene Identität der sacra und des Erbtums, welche beide nur den Ausdruck, jene in der religiösen, dieses in der privatrechtlichen Sphäre, derselben Grundidee, der Fortdauer des subjektiven Willens bilden, ist aber natürlich nicht nur die Notwendigkeit von der Perpetuität der sacra, sondern, da beide eben identisch sind, ihre unzertrennliche Verbindung mit der Qualität des Erben gegeben, der sie anhaften[1]). Es ist gleichwohl für unser Thema von Interesse, die Worte zu betrachten, mit welchen Cicero die Frage zu beantworten beginnt, wer zu den sacris verpflichtet sei: „Heredum causa justissima est[2]); nulla est enim persona, quae ad vicem ejus qui e vita emigravit proprius accedat." „Der Erben Verpflichtung ist die gerechteste; denn keine Person gibt es, welche der Rolle dessen, der aus dem Leben schied, näher stünde." So abstrakt richtig also auch Valerius Maximus[3]) die Zeugung das „engste Band zwischen den Menschen" nennt — ein Band gibt es dennoch für den Römer, welches auch dieses an Nähe noch schlägt und überwindet, das Band des Erbtums. Keiner steht dem Verstorbenen näher als

---

der Erbe eine solche Verpflichtung in bezug auf die pollicitatio sine causa, wo kein Anfang von Ausführung da ist, natürlich so wenig wie der Votant selbst hat und selbst bei einem Anfang von Ausführung sich dieser Verpflichtung durch Überlassung des fünften, resp. zehnten Teiles der Erbschaft entziehen kann; s. Modestinus, L. 9 eod. tit.; vgl. L. 14 das.

[1]) Und bekanntlich starrten die Erbschaften von sacris so, daß sich, wie wir aus Festus (v^0 sine sacris her., p. 290, ed. M.) wissen, die Redensart: sine sacris hereditas als sprichwörtliche Bezeichnung für ein seltenes, ungetrübtes Glück bilden konnte.

[2]) A. a. O., II, Kap. 19.

[3]) Siehe oben S. 23.

der Erbe, und wenn Sohn und Erbe auseinander fallen, wie dies rechtlich zulässig und bekanntlich in Rom so häufig der Fall war, so steht also der Erbe dem Toten näher als der Sohn. Diese Anschauung aber, die es allein hervorbringen konnte, daß die sacra nicht auf den Sohn, sondern auf den Erben übergehen, kann nach unserer Entwickelung des römischen Erbbegriffes nicht im geringsten mehr wundernehmen. Denn der Erbe ist geistige Willensidentität mit dem Verstorbenen, ist der Kontinuator seiner Willenssubjektivität, eine Identität, gegen deren Innerlichkeit sich die bloß natürliche Blutsidentität des Sohnes als das Schwächere und nur Sinnlich-Zufällige, dem Geiste Fremde bestimmt. Der Erbe ist der durch einen geistigen Zeugungs- und Identifikationsprozeß, den wir später näher betrachten werden, geschaffene Sohn.

Es ist nie geraten, ganz unzweifelhafte Resultate, wenn auch nur scheinbar, dadurch abzuschwächen, daß man ohne eine hierzu vorliegende Notwendigkeit sie mit anderen Punkten von vielleicht weniger unbedingter und zweifelloser Natur zusammen behandelt und durcheinanderwirft.

Es ist daher hier einstweilen nicht am Ort, die sehr dunkle und durch alle Bemühungen der Ausleger von Balduinus bis Savigny[1]) noch durchaus nicht hinreichend aufgehellte Stelle Ciceros, deren Anfang wir betrachtet haben, in ihrem weiteren Verlauf (De leg., II, 19—22) und in den Einzelheiten desselben zu zergliedern.

Wir wollen uns also mindestens nicht hier[2]) darauf

[1]) Siehe dessen Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Berlin 1816), II, 362 fg.

[2]) Wir werden dieser Aufgabe vielmehr die selbständige Nr. III widmen, und sie so von dem Vorhergehenden und Nachfolgenden auch äußerlich abscheiden.

einlassen, die beiden Theorien des pontifikalen Rechtes über die Frage, wer zu den sacris verpflichtet sei, die ältere und die neuere, die Cicero daselbst einander gegenüberstellt in ihren einzelnen Bestimmungen zu betrachten, zumal diese ja nur die Frage betreffen, wer noch, sei es außer dem Erben, sei es überhaupt nur subsidiarisch, wenn kein Erbe da sei, zu den sacris verpflichtet sei, und sich also bereits von unserem eigentlichen Gegenstande, dem Erbtum, zu entfernen anfangen.

Aber die Hauptachse, auf welcher daselbst die gesamte Argumentation des Cicero gegen die von den beiden Scävola in das Pontifikalrecht gebrachte Neuerung beruht, muß schlechterdings hier noch hervorgehoben werden. Denn sie hängt einerseits noch untrennbar mit unserem Gegenstand zusammen, und andererseits ergibt sie sich noch mit der unzweifelhaftesten Gewißheit aus den ausdrücklichen Worten Ciceros selbst. Gleichwohl ist gerade sie, während man sich immer vorzugsweise mit den einzelnen Fällen beschäftigte, in welchen die Abweichung der beiden Theorien hervortritt, nie mit hinreichendem Nachdruck hervorgehoben worden, weshalb dann auch die aus ihr sofort resultierenden Folgerungen nicht gezogen wurden.

Diese Hauptachse aber, welche dem von Cicero gegen die beiden Scävola erhobenen Vorwurf, das pontifikale Recht durch ihre Neuerungen verdorben zu haben, zugrunde liegt, und die von Cicero auch ausdrücklich so bezeichnet und als das Prinzip hingestellt wird, aus welchem die Unterschiede in den einzelnen Bestimmungen der neuen und älteren Theorie nur ein notwendiger Ausfluß seien, ist folgende: Nach der alten Theorie seien die *sacra* mit dem Vermögen nicht verbunden gewesen, durch die Scävola erst sei dem Grundsatz Eingang verschafft worden, daß die sacra an das Ver-

mögen geknüpft sein und mit ihm übergehen sollten, und hiervon seien die Verschiedenheiten in den einzelnen Sätzen beider Theorien über die Verpflichtung zu den sacris nur die einfache Folge. Die Ausdrucksweise Ciceros ist hierin so positiv, wie nur irgend möglich: „Videtis igitur — sagt er — *omnia pendere ex uno illo* quod Pontifices *pecuniam sacris conjungi volunt.*" „Ihr seht also, daß alles (d. h. alle die von ihm vorher betrachteten Unterschiede in den einzelnen dogmatischen Bestimmungen beider Theorien) aus diesem Einen herfließt, daß die Pontifices wollen, die *sacra* sollen mit dem Vermögen[1]) verbunden sein." Und später nochmals: „Nam *sacra cum* pecunia, Pontificum auctoritate, *nulla lege, conjuncta sunt.*" „Denn die sacra sind mit dem Vermögen nur durch die Autorität der Pontifices, aber durch kein Gesetz verknüpft[2])."

Wenn die prinzipielle Neuerung, welche die Scävola hervorbringen, somit darin besteht, daß die sacra mit dem Vermögen verknüpft sind und übergehen, so muß somit eine Zeit gewesen sein — und dies ist eben, wie Cicero sagt, die Zeit der alten Theorie —, wo die sacra

[1]) Pecunia heißt hier (wie Savigny in der Zeitschrift a. a. O., S. 363, Note 3 bereits bemerkt), wie in vielen Stellen, nicht bares Geld, sondern alles, was im Eigentum ist; vgl. Festus, v⁰ pecunia, L. 5 pr.; L. 178 pr.; L. 222 D. de v. s. (50, 16).

[2]) Und in dieser Verknüpfung sieht Cicero einen solchen Verderb des pontifikalen Rechtes der sacra, daß er sagt: „Civilis enim juris scientia, Pontificium quodammodo *tollitis.*" Und: „Itaque si vos tantummodo Pontifices essetis, *Pontificalis maneret auctoritas;* sed quod iidem juris civilis estis peritissimi, *hac scientia illam cluditis.*" Warum er einen so totalen Verderb darin erblickt, wird wohl schon aus dem hier weiter Folgenden deutlicher, zu völliger Klarheit aber erst in Nr. III kommen.

nicht mit dem Vermögen übergingen, wo also die *sacra* und das Vermögen des Erblassers in reale Trennung auseinandertreten konnten. Das Erbtum aber, die zivile hereditas, und die sacra konnten niemals auseinandertreten, nicht einmal nach der neuen Theorie, wo der Erbe immer noch der primo loco Verpflichtete bleibt, geschweige denn nach der alten. Erbqualität und *sacra* fallen also immer zusammen. Wenn dennoch eine Zeit war, wo *sacra* und Vermögen nicht miteinander gingen, so scheint also schon hier die erste textmäßige Hindeutung — die wir einstweilen nur für eine ganz schwache, umflorte ausgeben wollen, da darüber ohnehin die positivsten Beweise später zu Gebote stehen — vorhanden zu sein, daß es eine Zeit in Rom gegeben haben muß, wo innerhalb des *jus civile* Erbtum und Vermögensanfall an und für sich unabhängige Begriffe voneinander sind, und auch der Sitte nach realiter in Spaltung auseinandertreten, und daher der wirklich antretende Erbe[1]), der hierdurch also mit den *sacris* belastet wurde, nichts von dem Vermögen des Erblassers zu erhalten pflegte.

[1]) Wir sagen: der wirklich antretende Erbe, um das Mißverständnis zu vermeiden, als nähmen wir hier etwa das Wort „Erbe" in dem Sinne, wie man den gesetzlichen Intestaterben, der aber durch einen testamentarischen Erben (oder auch durch einen bonorum possessor) geschlagen wird, der Kürze halber uneigentlich einen „Erben" nennt, hierunter aber nur einen solchen verstehend, der nach dem Zivilrecht zum Erben geworden wäre, wenn nicht ein testamentarischer Erbe oder ein bonorum possessor da gewesen wäre. Ein solcher ist natürlich nicht Erbe, was er nur durch die wirkliche Adition wird, sondern hätte es nur sein können, und ist natürlich auch gar nicht zu den sacris verpflichtet, die nur durch die reelle hereditas (die wirklich angetretene) auf ihn übergehen.

III. Die Sacra und die beiden Theorien derselben in der Stelle des Cicero, de Leg., II, 19—21. — Die historische Entwickelung der Sakraltheorie.

Wir behandeln jetzt jene dunkle Stelle des Cicero und die beiden Sakraltheorien, die in ihr zutage treten, nachfolgend in einer selbständigen Nummer, weil, wie sehr das Folgende bei der inneren Identität von sacra und Erbtum auch in innigem, es doch in keinem untrennbaren Zusammenhange mit unserem Gegenstande steht, und wir so dem sich für die archaistisch-religiösen Zusammenhänge des römischen Erbtums weniger interessierenden Leser die Möglichkeit gewähren wollen, unmittelbar zu Nr. IV überzugehen, um sich unserer Behandlung des juristischen Erbrechtes im engeren Sinne schneller zu nähern, zumal wir hier manches (z. B. über die Bedeutung der bonorum possessio) voraussetzen müssen, was sich uns erst später erweisen kann. — Wir wollen zugleich durch diese abgetrennte Behandlung markieren, daß, wie zwingende Evidenz wir auch unserer Interpretation der Ciceronianischen Stelle geben und zu welchem sprechenden Dokumente über die historische Entwickelung der Sakraldogmatik wir sie auch erheben zu können glauben, dennoch hierin von unserer Ansicht abgewichen werden kann, ohne daß dadurch im geringsten unsere Lehre vom Erbrecht überhaupt beeinträchtigt würde.

Die beiden Theorien, die Cicero einander entgegenhält, lauten also, zuerst die neuere, wegen deren Einführung er die Scävola so hart angreift: „Heredum causa justissima est... *Deinde* qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Id quoque ordine; est enim ad *id, quod propositum est, accommodatum.* Tertio

loco, *si nemo sit heres,* is qui de bonis, quae ejus fuerint cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Quarto, *si nemo sit,* qui ullam rem ceperit de creditoribus ejus qui plurimum servet. Extrema illa persona est, ut, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit."

Nun wendet sich Cicero zu der älteren Theorie: „Haec nos a Scaevola didicimus; non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem *his verbis* docebant: tribus modis sacris adstringi: hereditate; aut, si majorem partem pecuniae capiat; *aut,* si major pars pecuniae *legata* est, si inde quippiam ceperit." Konstatieren wir zunächst folgendes: Die jüngere Theorie enthält fünf Fälle, die ältere bloß drei, jene also nicht bloß eine Abänderung, sondern auch eine Vermehrung der Bestimmungen. Ferner aber besonders: Nicht nur eine Abänderung und Vermehrung der Bestimmungen, sondern auch eine Verschleifung ihrer Reihenfolge liegt vor. Der zweite Fall in der jüngeren Theorie tritt an die Stelle des dritten Falles in der älteren Theorie, und der dritte Fall in der jüngeren Theorie an die Stelle des zweiten Falles in der älteren. Daß dies so ist, ist freilich ganz klar und wird auch von Savigny in seiner Behandlung beider (a. a. O., S. 366, 367) anerkannt. Um Grund und Bedeutung dieser Verschleifung bekümmert sich aber Savigny nicht, während gerade in ihnen, wie sich zeigen wird, ein erheblicher Aufschluß über das Verhältnis beider Theorien und über den Sinn ihrer Bestimmungen liegt.

Um nun die jüngere Theorie und ihr Verhältnis zur älteren zu verstehen, ist es nötig, nicht, wie man, weil dies der zufällige Fortgang bei Cicero ist, bisher stets getan hat, mit der jüngeren Theorie anzufangen, sondern umgekehrt erst selbständig den Sinn der älteren, einfacheren

zu erfassen, woraus sich dann erst die zweite (jüngere) Theorie und ihre Neuerung begreifen wird. Die ältere Theorie also sagt: Zu den sacris wird man verpflichtet: *hereditate,* durch Erbschaft; *aut,* si majorem partem pecuniae capiat; „oder" — d. h. wenn kein Erbe (Zivilerbe, wie heres in der ganzen Stelle, wie Savigny bereits bemerkt, nur heißen kann) da ist *(si nemo sit heres,* wie es in dem entsprechenden dritten Falle der jüngeren Theorie heißt) — „wenn einer den größeren Teil des Vermögens nimmt". Savigny bestimmt bereits richtig, daß mit diesem Fall die prätorische bonorum possessio, respektive wenn weder zivile noch prätorische Erben da waren und das Vermögen herrenlos wurde, die Usukapion der Erbschaft gemeint war (Savigny, a. a. O., S. 368 fg., 373 fg.). Nun der dritte und letzte Fall: *aut,* si *major pars* pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit; „oder, d. h. also immer noch, wenn kein Erbe (Zivilerbe) da ist, falls der größere Teil des Vermögens einem legiert wurde, wenn der Legatar davon etwas genommen hat". Hier also tritt der Irrtum Savignys ein, welcher, durch den entsprechenden zweiten Fall der jüngeren Theorie verführt, meint, daß hier der Legatar aus einem zivilistischen Testamente neben dem zivilistischen Erben verpflichtet werden soll (a. a. O., S. 366 fg.), oder der Irrtum der früheren Interpretatoren, welche meinten, daß dieser Legatar aus dem zivilistischen Testament sogar allein verpflichtet sein und den Zivilerben befreien sollte. Beide Ansichten gehen von dem gemeinsamen Grundirrtum aus, daß in diesem dritten Fall der älteren Theorie das Dasein eines Zivilerben unterstellt wird, während umgekehrt im dritten wie zweiten Falle der älteren Theorie gleichmäßig unterstellt

wird: wenn überhaupt kein Zivilerbe da sei (si nemo sit heres), also der Legatar bei einer prätorischen bonorum possessio gemeint ist. Alles hängt für unsere Ansicht von diesem Fundamentalpunkt ab, zuvor ganz festzustellen, daß auch der dritte Fall die Unterstellung enthält, daß gar nicht nach Zivilrecht geerbt wird.

Aber bei genauerer Betrachtung kann man ja gar keiner anderen Ansicht sein! Denn daß schon der durch das erste *aut* eingeführte zweite Fall die ausschließende Voraussetzung: „wenn keine zivile hereditas eintritt" (si nemo sit heres), in sich enthält, ist sowohl sprachlich klar (in der jüngeren Theorie, wo sich der erste und zweite Fall nicht ausschließen, fährt daher Cicero auch nicht mit aut, sondern mit *deinde* fort), als besonders durch den realen Inhalt dieses zweiten Falles unumstößlich. Denn dieser besteht ja nach Savigny selbst darin: wenn durch bonorum possessio oder Usukapion einer den größeren Teil des Vermögens nimmt. Dies ist ja aber nur dann möglich, wenn überhaupt kein Zivilerbe da ist, respektive was wir hierunter natürlich einbegreifen und damit ganz identisch ist, wenn etwa der zum Zivilerbtum Befähigte durch den bonorum possessor geschlagen würde, wo ja dann immer nicht nach Zivilrecht geerbt wird. Ist somit schon durch das erste aut (durch den zweiten Fall) das Dasein einer zivilen hereditas ausgeschlossen, ist also zu übersetzen — wie dies ja in dem ausdrücklichen si nemo sit heres des diesem Falle entsprechenden dritten Falles der jüngeren Theorie deutlich heraustritt —: „durch Erbschaft, oder, falls zivile Erbschaft nicht stattfindet, wenn einer die größere Hälfte des Vermögens erwirbt", so ist ja logisch unmöglich, bei dem zweiten aut, ohne daß dies von Cicero durch irgendein Wort angedeutet wird, den ausschließenden Sinn des

ersten aut durch das fortfahrende zweite aut als aufgehoben zu denken. Das dort schon Ausgeschlossene bleibt vielmehr ausgeschlossen, das dort Vorausgesetzte bleibt vorausgesetzt, und das zweite aut introduziert nur eine neue Ausschließung und Abstufung innerhalb des durch das erste aut eingeführten zweiten Falles.

Wir werden dies bald noch stärker beweisen. Überschauen wir zunächst nun das Ganze der älteren Theorie, wie sie sich nach dieser Auffassung jetzt ergibt. Man wird also zu den sacris verpflichtet zuvörderst durch Zivilerbschaft, und deren Verpflichtung ist die absolute und ausschließende, so daß, insofern nur irgend ziviles Erbtum eintritt, kein anderer, kein Legatar, er bekomme so viel er wolle, und der Erbe so wenig er wolle, neben ihm oder außer ihm verpflichtet wird. Tritt aber gar keine hereditas ein, so soll nun der prätorische bonorum possessor verpflichtet sein (respektive der Usukapient), aber nur dann, wenn sein Erwerb mehr als die Hälfte der Hinterlassenschaft umfaßt. Fällt dagegen dem bonorum possessor nur weniger als die Hälfte der Hinterlassenschaft anheim, indem mehr als die Hälfte derselben einem Legatar auf Grund der tabulae herauszugeben ist, so soll dieser Legatar, wenn er das Legat nicht verschmäht, zu den sacris verpflichtet sein.

Man sieht, welche geschlossene innere Übereinstimmung diese Lehre bei dieser Auffassung empfängt. Wenn hereditas eintritt, ist nur der Erbe verpflichtet, denn seine Verpflichtung ist die begrifflich adäquate, die causa justissima. Er ist Willenskontinuator. Wenn die Stelle dieser begrifflich-adäquaten Verpflichtung also ausgefüllt ist, so kann es zu gar keiner Verpflichtung für einen

anderen mehr kommen, die überhaupt nur subsidiarischer Natur, nicht dem strengen Geist des jus civile entflossen wäre. Erst wenn diese Stelle gar nicht besetzt ist, wenn gar nicht ziviliter geerbt wird, beginnt die subsidiarische Aushilfe. Weil aber der sogenannte prätorische Erbe, der bonorum possessor, kein Erbe ist, so tritt seine subsidiarische Aushilfe nur dann ein, wenn er mindestens für sich allein einen solchen Zusammenhang in dem Vermögen des Verstorbenen repräsentiert, daß er allein mehr erhält als alle anderen Personen, die aus der Hinterlassenschaft erwerben, zusammengenommen. Diese Beschränkung ist dem Gedanken, auf welchem diese subsidiarische Aushilfe beruht, höchst konsequent entflossen. Denn da der bonorum possessor kein Willensfortsetzer des Erblassers ist[1]), ihm die Verpflichtung vielmehr nur durch das Vermögen, das er erhält, auferlegt wird, so muß ihm dieses wenigstens in einem solchen überwiegenden quantitativen Maße zufallen, daß noch der Widerschein der früheren Willensherrschaft in des possessors Verhältnis zu dem Vermögen durch den Zusammenhang, in dem er es besitzt, zu erkennen ist. Er muß es also mindestens in einem solchen Totalitätsverhältnis bekommen, daß sich der Rest desselben ihm gegenüber nur als einzelne Stücke betrachten läßt, also über die Hälfte. Denn sonst wäre nicht mehr abzusehen, warum nicht jeder, der auch nur ein einzelnes Stück aus dem Vermögen erhält, also jeder beliebige Legatar, zu den sacris verpflichtet sein solle. So begreift sich auch erst, wie so unter der gleichen Bedingung auch die Usukapion (pro suo wie pro herede) ebensogut wie die bon. poss. zu den sacris verpflichten kann. Allein durch die bisherige

[1]) Siehe über die Bedeutung der bonorum possessio später sub Nr. V.

Erörterung ist nun auch die Bestimmung des *dritten* Falles mit Notwendigkeit gegeben. Wie nämlich, wenn zwar bon. poss. eintritt, durch die Tafeln aber ein Legatar ein Legat erwirbt, welches *über die Hälfte* des Vermögens umfaßt? Der bon. poss. kann hier nicht mehr verpflichtet sein; das folgt schon mit dürren Worten aus der Bestimmung des zweiten Falles, da er ja nun *weniger* als die Hälfte erhält. Aber ebenso folgt jetzt aus dem *Geiste* dieser Bestimmung, daß jetzt der Legatar mit *demselben Rechte* verpflichtet sein *muß*, mit welchem es der bon. poss. im zweiten Falle war. Der Legatar ist freilich bloßer Singularsukzessor. Aber *Erbe* ist der bon. poss. ebensowenig. Auch die bon. poss. ist (s. hierüber später) zum Unterschied vom *Erbtum* eine *bloße Vermögenszuwendung* und in dieser Hinsicht also dasselbe, *was das Legat ist*. Konnte dem bon. poss. durch die bloße *Vermögens*übernahme (und ebenso dem Usukapienten) die Verpflichtung der sacra zufallen, wenn er das Vermögen in dem erörterten Umfange übernahm, daß durch seinen Zusammenhang der Widerschein der früheren Willensherrschaft noch zu erkennen war, — nun, so muß dasselbe auch aus dem gleichen Grunde für den im gleichen Falle befindlichen *Legatar* gelten. Denn *Willensfortsetzer* ist der bon. poss. *so wenig* wie er, *Vermögensnehmer er* aber *so gut*, wie der bon. possessor. *Jetzt erst* wird auch klar, wie so auf einen bloßen *Legatar* die sacra überhaupt übergehen können. Hätte man *nicht* die Gewohnheit, gerade die schwierigsten Fragen lieber unaufgeworfen zu lassen, so hätte diese Frage bisher für unlösbar erscheinen müssen. Denn der bon. poss. ist immerhin ein Universalsukzessor wie der Erbe. Von ihm also konnte seine Verpflichtung zu den sacris plausibel er-

scheinen. Der Legatar ist aber doch immer nur Singularsukzessor. Wie das Legat aber, von dem uns die römischen Juristen, Ulpian, Gajus, die Institutionen, immer so sorgfältig hervorheben, daß es eigentlich nichts mit dem Erbrecht zu tun habe, daß es, weil es keiner jener juris figurae sei, durch welche per universitatem erworben wird, nur zu den Zivilerwerbsarten einzelner Sachen gehöre, dennoch trotz dieses seines Charakters dazu kommen könne, eine Verpflichtung zu den sacris — also eine so rein persönliche und nur auf dem Verhältnis zu der *universitas juris* des Erblassers beruhende Verpflichtung — in irgendwelcher Weise begründen zu können, dies mußte bei dem totalen Gegensatz zwischen Universalsukzession und Singularerwerb als der höchste innere Widerspruch erscheinen. Jetzt ist aber derselbe in gedoppelter Weise gelöst. Denn einmal hat sich gezeigt, daß, sofern Zivilerbschaft eintritt, in der Tat von keiner Verpflichtung eines noch so reich bedachten Legatars die Rede sein kann, weder von einer den Erben befreienden, wie die älteren Ausleger wollen, noch von einer neben der Verpflichtung des Zivilerben herlaufenden, wie Savigny will. Insoweit existiert also jene Befremdlichkeit gar nicht. Insoweit aber subsidiarisch, wenn gar nicht Zivilerbschaft, sondern bon. poss. stattfindet, diese Verpflichtung für den in jenem Maße bedachten Legatar eintritt, so weit hat sie sich jetzt auch befriedigend erklärt. Denn es hat sich gezeigt, wie diese subsidiäre Verpflichtung eines solchen Legatars durch die schon im zweiten Falle ausgesprochene Verpflichtung des bon. poss. selbst vermittelt ist, da ein solcher Legatar begrifflich genau in derselben Lage ist, wie der über die Hälfte erwerbende bon. poss. (oder Usukapient) des zweiten Falles, und also, wenn und nachdem man sich einmal

entschlossen hatte, falls Zivilerbschaft nicht eintrat, dem über die Hälfte erwerbenden bon. poss. oder Usukapienten die sacra aufzuerlegen, man auch genötigt war, dem trotz alles Gegensatzes von Universal- und Singularsukzession doch in ganz gleicher Lage, wie jener possessor, befindlichen Legatar über die Hälfte ebenso zu behandeln. Zugleich muß schon hier ein heller Blick darauf gefallen sein, daß — was erschöpfend erst später sich nachweisen wird — der ganze Gegensatz von erbrechtlicher Universalsukzession und Singularsukzession nur ein unbegrifflicher und ungelenker Ausdruck ist für den wahrhaften, darin verborgenen begrifflichen Gegensatz von: Willensfortsetzung und Sacherwerb. Besonders bei der Entwickelung der Legatenlehre wird dies aufs genaueste bewiesen werden. Der Gegensatz zwischen dem Zivilerben, der Willensfortsetzer ist, und dem bloßen Vermögensnehmer, was der bon. poss. — worüber später — ebensogut bloß ist, wie der Legatar, ist der prinzipielle. Wenn ein Willenserbe da ist, ist der Vermögensnehmer von der Verpflichtung zu den sacris ausgeschlossen. Der Unterschied zwischen dem bonorum possessor aber, obgleich dieser Universalsukzessor ist, und dem Legatar sinkt sofort zu einem bloß quantitativen Dasein zusammen, und wenn der Legatar mehr als die Hälfte empfängt, so wird er zu den sacris verpflichtet, von denen der per universitatem sukzedierende Vermögensnehmer, der bonorum possessor, befreit wird. Ebenso zeigt aber auch schon der zweite Fall der Theorie, daß der Gegensatz von Universal- und Singularsukzessor im Erbrecht, wenn nicht jener Gegensatz von Willenskontinuation und Vermögenszunahme in ihm tätig ist, gleichgültig zu werden anfängt. Denn schon im zweiten Falle der Theorie

ist der per universitatem sukzedierende bonorum possessor und der die einzelnen Sachen erwerbende Usukapient in der Verpflichtung zu den sacris gleichgestellt.

Unsere Entwickelung der älteren Sakraltheorie beruht auf dem Fundamente, daß der dritte wie der zweite Satz gleichmäßig nur für den Fall, daß keine Zivilerbschaft eintritt, zu verstehen sind. Diese Auffassung scheint uns aber, sowohl in Hinsicht auf den Geist der Sache, wie auf den Wortlaut, von zwingender Evidenz zu sein. Denn was wäre wohl dem Geist des alten jus civile angemessener als der Satz, daß, insofern eine Zivilerbschaft eintritt, nur der Zivilerbe, diese volle Willensidentität mit dem Erblasser, verbunden sein kann? Und was wäre grammatisch richtiger, als daß, wenn durch das erste aut bereits der Fall der Zivilerbschaft ausgeschlossen ist, auch durch das zweite aut nicht stillschweigend der schon ausgeschlossene Fall wieder unterstellt wird.

Wahrscheinlich würde man auch niemals auf eine andere als diese so einfache Auffassung geraten sein, wenn man nicht immer zuerst von der jüngeren Theorie ausgegangen und hierdurch mit einer irrigen Voraussetzung erfüllt worden wäre, indem man aus der jüngeren Theorie jenes Prinzip, in welchem gerade ihre Neuerung besteht, unmittelbar auch in die ältere Theorie hinüberschleifte. Nachdem jetzt aber einmal der Sinn der alten Theorie gefunden ist, erlangt derselbe seine schlagendsten Beweise gerade dadurch, wenn man nun zu der jüngeren Theorie übergeht, denn jetzt erst wird sich das Verhältnis derselben zur älteren, und die durch sie vollbrachte Neuerung verstehen lassen, die bisher so dunkeln Worte und Vorwürfe Ciceros sich überall in hellstes Licht umwandeln und die ganze Stelle harmonischste Einheit empfangen.

Auch nach der jüngeren Theorie bleibt primo loco der Erbe verpflichtet. Dann aber heißt es: „deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes". Also nicht „aut", sondern *deinde*, d. h. in zweiter Linie, aber neben dem Zivilerben ist derjenige Legatar verpflichtet, der soviel vom Vermögen nimmt, wie der Erbe, oder respektive, wenn mehrere Erben sind, wie alle Erben zusammengenommen. Und darin besteht nun eben die Neuerung dieser Theorie, daß jetzt auch im Falle der Zivilerbschaft noch ein anderer als der Zivilerbe neben diesem verpflichtet sein soll. Wenn man sich unserer Auffassung nicht anschließt, — worin besteht denn dann eigentlich die Neuerung überhaupt, welche die jüngere Theorie an der älteren vornimmt, und über die Cicero in so erstaunlichem Eifer gegen die beiden Scävola gerät? Sie besteht darin, nach Savigny (a. a. O., S. 366 fg.), daß nach der älteren Theorie dem Legatar mehr als die Hälfte des ganzen Vermögens zugewendet sein mußte, und jetzt — schon diese Hälfte genügte, um ihn zu den sacris zu verpflichten! Savigny selbst bemerkt, diese Änderung sei darauf gegründet, daß die lex Voconia allen zensierten Bürgern verboten hatte, einem Legatar mehr zu hinterlassen, als den Erben zusammengenommen bleiben werde; so daß nun die neue Theorie demjenigen Legatar die sacra auflegt, welcher das größte nach der lex Voconia noch erlaubte Legat erhält. Allein gerade durch diese Bezugnahme auf die lex Voconia erweist sich diese Änderung — die Änderung von „über die Hälfte" in „die Hälfte" — vollständig gerechtfertigt und der Vereinigung des Geistes der alten Sakraltheorie mit dem neuen durch die lex Voconia begründeten Zustand vollkommen angemessen. Aber selbst abgesehen von dieser rechtfertigenden Wirkung

der lex Voconia, — wenn dies der ganze Unterschied war, so ist der Lärm, den Cicero erhebt, schlechthin unbegreiflich. Ob dem Legatar irgendeine Kleinigkeit, etwa die bekannten centum numi, über die Hälfte oder nur die akkurate Hälfte zufallen mußte, um ihn zu den sacris zu verpflichten, dieser mikroskopisch-geringfügige Unterschied kann doch gewiß nicht erklären, daß Cicero mit so heftigem Zorne deshalb den Pontifices eine totale Delusion, eine Fälschung und Verderbung des pontifikalen Rechtes zur Last legt!

Und dennoch ist der Unterschied beider Theorien gerade in diesem zweiten Falle der jüngeren Theorie zu suchen. Derselbe muß das ganze Prinzip des Unterschiedes enthalten. Dies geht aus den ausdrücklichen Worten Ciceros hervor. Denn gerade bei diesem zweiten Falle unterbricht er sich mit der Bemerkung: „Id quoque ordine; est enim ad id, quod propositum est, accommodatum.“ Man scheint auch diese Worte bisher ganz mißverständlich, etwa als ein Lob oder als eine objektive Bemerkung über den Charakter der Sakralinstitution aufgefaßt zu haben. Das ist ja aber ganz unmöglich! „Id quod propositum est“, das ist der Zweck des Scävola, sein in das alte Sakralrecht hineingeschwärzter Neuerungsgedanke. Diesen tadelt ja aber Cicero so heftig. Die Worte sind also nur ironisch zu fassen, und etwa so zu übersetzen: „Und freilich ist das auch in der Ordnung! Denn für den Zweck, zu dem man einmal gelangen will, ist dies allerdings das angemessene Mittel.“ Dann aber sagt ja Cicero mit dürren Worten: das Prinzip der Neuerung sei in diesem zweiten Falle enthalten.

Und so sehr ist dies der Fall, daß er noch einmal gegen das Ende seiner Erörterungen mit vollster Betonung ge-

rade hierauf zurückkommt und wiederum gerade diesen zweiten Fall als das treibende Prinzip der Neuerung bezeichnet; II, c. 21: „Placuit P. Scaevolae et Coruncanio, Pontificibus maximis itemque ceteris qui tantundem caperet, *quantum omnes heredes* sacris alligari." — „Aber es gefiel nun einmal den pontifices (im Gegensatz zur Satzung des jus civile), daß der, der ebensoviel nähme, wie alle Erben, zu den sacris verpflichtet werde." Wiederum also weist Cicero mit aufgehobenem Finger auf diesen zweiten Fall, als die wahre Seele der Neuerung hin (statt auf die in der alten Theorie gar nicht enthaltenen Fälle Nr. 4 und 5), und gleichwohl hat man sich bisher nicht einmal die Frage vorgelegt, wie dies denn zusammenhängen solle. Ebensowenig wie die mit so großem Nachdruck angegriffene Neuerung selbst, läßt sich aber ohne unsere Auffassung begreifen, wie Cicero sagen kann, der gesamte Unterschied zwischen den Fällen der älteren und neuen Theorie „flösse aus jenem Einen her, daß die pontifices wollen, es solle das Vermögen mit den sacris verknüpft werden" (videtis igitur *omina* pendere ex *uno illo,* quod pontifices *pecuniam sacris conjungi* volunt). Denn wie konnte man denn bei den bisherigen Interpretationen sagen, daß dieser Grundsatz überhaupt erst durch die jüngere Theorie eingeführt sei? Oder wie konnte man nur sagen, daß beide Theorien in bezug auf diesen Punkt irgend prinzipiell abwichen? War ein Zivilerbe da, so war ja dieser auch nach der jüngeren Theorie immer primo loco verpflichtet, ohne Rücksicht auf die Größe seines Anteiles am hinterlassenen Vermögen. Daß aber umgekehrt jemand, auch ohne Erbe zu sein, durch die bloße Erwerbung eines gewissen Anteiles an dem Vermögen des Erblassers zu den sacris verpflichtet werden könne, dieser Grundsatz war ja unbestritten und

unbestreitbar schon in der älteren Theorie (zweiter und dritter Fall) vorhanden, und wenn er also die Bedeutung des „pecuniam sacris conjungi" bilden sollte, so wäre nicht zu begreifen, wie Cicero behaupten kann, er sei erst durch die Theorie der Scävola aufgebracht worden.

Unsere Auffassung dagegen setzt beide Punkte in das hellste Licht und läßt so erst das Verständnis des Verhältnisses beider Theorien zueinander hervortreten.

Nach unserer Interpretation besteht die Neuerung darin, daß während nach der älteren Theorie nur subsidiarisch, wenn die Stelle des Erben gar nicht besetzt war, durch den bloßen Vermögensübergang von einem gewissen Umfang eine Verbindlichkeit zu den sacris entstehen kann, diese nach der neuen Theorie auch trotz des Eintretens von Zivilerbschaft, und ungeachtet dessen also, daß die Stelle des Zivilerben, des Willensfortsetzers, ausgefüllt ist, durch den bloßen Vermögenserwerb von gewissem Umfange dem Legatar ebensogut wie dem Erben und neben diesem die Verpflichtung auferlegt sein sollte. Hierdurch war nun freilich durch eine unscheinbare Weiterführung der alten Theorie einem ganz neuen Prinzip Eingang verschafft worden. Aus einer aushilfsweisen und subsidiarischen war die Verpflichtung zu den sacris durch einen bestimmten Vermögenserwerb erst jetzt zu einer ebenso selbständigen und prinzipalen, wie die des Willensfortsetzers geworden, und man fühlt, wie sehr dadurch der strenge Geist der alten Anschauung erschüttert werden mußte. Jetzt also konnte gesagt werden, daß nun erst, trotz jener schon in der älteren Theorie aushilfsweise eintretenden Verpflichtung, prinzipiell das Vermögen mit den *sacris* verknüpft worden sei, und man sieht sofort, welche weitere praktisch wichtigen Folgen sich aus diesem

prinzipalen, dem Erbtum koordinierten Charakter der Verpflichtung, im Unterschiede von der bloß aushilfsweisen Zulassung in der älteren Theorie, ergeben mußten. In der älteren Theorie muß der bonorum possessor, damit ihm, der nicht Willensfortsetzer ist und daher beim Dasein eines Erben niemals verpflichtet sein kann, durch das Vermögen die sacra auferlegt werden, dasselbe, wie wir oben zeigten, mindestens in einem solchen quantitativen Zusammenhange übernommen haben, daß durch diesen Zusammenhang der Widerschein der früheren Willensherrschaft (des Toten) entsteht. Jetzt aber, wo durch die bloße Vermögensübernahme eine ebenso prinzipale und selbständige Verpflichtung, wie die des Erben, entstehen soll, ist konsequenterweise dieser Widerschein nicht mehr nötig. Jetzt ist also konsequenterweise ein bestimmter quantitativer Umfang gar nicht mehr nötig, um das absolute Dasein einer Verpflichtung an sich selbst zu begründen. Sondern jetzt kann nur noch relativ, d. h. den anderen Personen gegenüber, auf die das Vermögen auch übergeht, ganz angemessen dem neuen Prinzip der Vermögenserwerbung, das Quantum derselben einen Unterschied machen. Und so ergibt sich denn sofort durch die strengste begriffliche Konsequenz aus dem zweiten Falle der jüngeren Theorie der dritte Fall derselben: Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis quae ejus fuerint cum moritur, usu ceperit *plurimum* possidendo. „In dritter Reihe, wenn kein Erbe ist, ist der verpflichtet, welcher von den Gütern des Toten das meiste erwirbt." Wenn also ein Usukapient auch nur ein einzelnes Stück aus der Hinterlassenschaft erwirbt, so geringfügig es sei, alle anderen Personen aber nichts aus ihr erwerben, so ist er zu den sacris ver-

pflichtet, denn er hat immer das meiste erworben! Und so heißt es dann deshalb auch im vierten Falle: Si *nemo* sit, qui *ullam rem* ceperit. Man sieht jetzt, wie richtig es ist, zu sagen, durch diese neue Theorie sei prinzipiell die Verbindung der sacra mit dem Vermögen eingeführt. Der Erwerb des geringsten Vermögensteiles begründet schon diese Verpflichtung an sich selbst und nur relativisch, also anderen Vermögensnehmern gegenüber tritt sie in einer durch das Prinzip der Vermögensnahme selbst gesetzten Weise vor dem mehr Erwerbenden zurück. Der Usukapient ist also bloß dann nicht verpflichtet, wenn ein anderer mehr erworben hat. Der Legatar, wo bonorum possessio eintritt, bloß dann nicht verpflichtet, wenn der bonorum possessor mehr erhält. Ja, dieses Prinzip waltet auch schon im zweiten Falle, dem Zivilerben gegenüber. Denn hat der Erbe ex asse oder die Erben zusammengenommen nur ebensoviel Vermögen erhalten (weniger können sie wegen der lex Voconia nicht bekommen) als der Legatar, so ist dieser ja ebensosehr verpflichtet wie sie. Hat der Erbe aber mehr Vermögen erworben als der Legatar, so schlägt er dessen Verpflichtung ja gar nicht qua heres, sondern schon als stärkerer Vermögenserwerber. So wird immer tiefer ersichtlich, wie wahr es sei, daß jetzt sacra cum *pecunia* conjuncta! Die Selbständigkeit der Übertragung der sacra durch das bloße Vermögen trägt also, nachdem sie durch die zunächst unscheinbare Änderung, welche der zweite Fall der neuen Theorie in das Sakralrecht einführt, einen ganz anderen Geist in dasselbe eingebürgert hat, ihre stärkste Folge in dem dritten Fall, indem jetzt nicht mehr der Widerschein der früheren Willensherrschaft erforderlich ist, der in der „*major* pars pecuniae“ liegt, die nach der älteren Theorie

nötig ist, um zu verpflichten, sondern jedes noch so kleine Vermögensstück zu dieser Verpflichtung hinreicht, die nur vor dem stärkeren Vermögenserwerbe wieder verschwindet. Besteht aber einmal das Prinzip, daß jeder noch so geringe Vermögenserwerb die Verpflichtung an sich selbst auferlegt, die nur durch einen größeren Erwerb seitens anderer fortfallen kann, so ergeben sich jetzt hieraus der vierte und fünfte Fall der jüngeren Theorie ganz von selbst, und dieselbe hat sich jetzt aus jener einen zunächst kaum merklichen, den Legatar nur neben dem Zivilerben verpflichtenden, aber dadurch die Verpflichtung des Vermögens aus einer subsidiarischen in eine selbständige umwandelnden Abänderung zu einem harmonischen, sich selbst entwickelnden Ganzen aufgebaut, einem durchaus anderen Gebäude als demjenigen, welches die ältere Theorie darstellt. Man sieht jetzt erst, wie Cicero gerade bei dem zweiten Falle der jüngeren Theorie, obgleich dessen Änderung dem sinnlichen Anscheine nach sich lange nicht so groß darstellt, wie die des dritten, oder die des in der älteren Theorie ganz fehlenden vierten und fünften Falles, mit so tiefem Rechte ausrufen kann: „Id quoque ordine; est enim ad *id, quod propositum est,* accommodatum!“ Die prinzipielle Selbständigkeit der durch das Vermögen übertragenen Verpflichtung, die in dem Vorhandensein einer solchen für den Legatar trotz des Daseins eines zivilistischen Willensfortsetzers liegt, — dies war das rechte Mittel, diese totale Umwandlung zu vollbringen, die Cicero mit Recht als einen vollständigen Verderb des alten Pontifikalrechtes darstellen kann!

Zugleich zeigt sich auch bei dieser Auffassung, warum in der jüngeren Theorie gegen die ältere außer der Ab-

änderung auch noch die Verschleifung der Fälle stattfinden muß, daß der zweite Fall der jüngeren dem dritten Fall der älteren Theorie, und der zweite Fall dieser dem dritten Fall jener abändernd entspricht. Denn da die jüngere Theorie in dem zweiten Falle einen solchen einschiebt, der in der älteren gar nicht vorhanden, die Verpflichtung des Legatars neben der des Zivilerben, so parallelisiert sich nun hierzu nicht mehr der zweite, wohl aber der dritte Fall der älteren Theorie, insofern dieser von der Verpflichtung des Legatars im Falle der bonorum possessio handelt.

Ebenso erklärt sich jetzt vollständig, welchen Beweggrund die pontifices hatten, um dadurch das Untergehen der sacra zu vermeiden, diese Neuerung vorzunehmen. Nichts war leichter möglich als der Untergang der sacra bei der alten Theorie. Es brauchte nur die Hinterlassenschaft von drei bonorum possessores zu drei gleichen Teilen oder doch so, daß keiner über die Hälfte des Ganzen hatte, erworben zu werden, und keiner von ihnen war zu den sacris verpflichtet. Oder zwei bonorum possessores und ein Legatar, oder ein bonorum possessor und zwei oder mehr Legatare brauchten sich so in das Vermögen zu teilen, daß keinem mehr als die absolute Hälfte zustand, so war wiederum niemand zu den sacris verpflichtet. Nach der neuen Theorie konnte aber niemand nur irgend etwas von dem Vermögen erworben haben, ohne mit der Verpflichtung behaftet zu sein, die nur von ihm wich, wenn ein anderer mehr hatte.

Endlich ist auch das ersichtlich, wie dieser Theorie, trotz der so wesentlichen Änderung, die sie hervorbrachte, durch die pontifices Eingang verschafft werden konnte, und die historische Entwickelung des Sakralrechtes überhaupt. Denn es wird mindestens dringend wahrschein-

lich jetzt sein, daß auch die ältere Theorie nicht die älteste war; daß es vielmehr eine Zeit gegeben haben muß, wo die Verpflichtung zu den sacris übertragen wurde hereditate, und auf durchaus keine andere Weise, so daß die sacra eines jeden untergingen, dessen Erbschaft nicht angetreten wurde. Es ist dies jene älteste Zeit des jus civile, ehe das prätorische Erbrecht existiert. Als sich die prätorische bonorum possessio gebildet hatte, mußte natürlich dies Institut auch auf das Institut der sacra einwirken, die sonst sogar in die Gefahr eines allgemeinen Unterganges hätten geraten müssen. Man will dem bonorum possessor, wenn er an die Stelle des Erben tritt, auch an dessen Stelle die sacra auferlegen, aber, noch möglichst streng festhaltend an dem alten Geist der sacra und des Zivilrechtes, doch nur dann, wenn ein bonorum possessor für sich allein einen solchen überwiegenden Zusammenhang in dem Vermögen des Erblassers darstellt, daß hierdurch mindestens der Widerschein der früheren Willensherrschaft fortdauert. Allein dann war man auch genötigt, im gleichen Falle dem Usukapienten die sacra aufzuerlegen. Denn Willensfortsetzer (Erbe) ist der bonorum possessor so wenig wie er, und jener Widerschein entsteht bei ihm so gut wie beim bonorum possessor, wenn er soviel usukapiert; und so wird denn auch der in diesem Falle befindliche Usukapient in den zweiten Fall der älteren Theorie einbegriffen. Allein aus beiden Gründen mußte man dann auch wieder den hierin auf ganz gleicher Linie stehenden Legatar dem bonorum possessor gegenüber und mit Ausschluß dieses letzteren belasten, denn Willensfortsetzer ist er nur ebensowenig wie dieser, und jener faktische Anschein des Fortschaltens der früheren Willensherrschaft durch das Zusammenbleiben der größeren Hälfte des Ver-

mögens kann bei ihm so gut entstehen, wie bei jenem. So entsteht also die ältere der bei Cicero vorgetragenen Theorien, die sich in den einen Gedanken zusammenfaßt, daß nur subsidiarisch und aushilfsweise, wenn kein Zivilerbtum eintrete, das Vermögen als solches die Verpflichtung nach sich ziehen können solle.

Noch immer bleibt diese ältere Theorie von dem strengen Geiste des jus civile durchdrungen. Denn noch immer bleibt, wenn eine Zivilerbschaft eintritt, der Zivilerbe, wie wenig er auch erhalten mag, der einzige und ausschließend Verpflichtete. Die dritte Theorie endlich entwickelt sich von selbst durch die scheinbar ganz unbedeutende Änderung, daß dem Grundsatz von der durch das bloße Vermögen aufzuerlegenden Verpflichtung, der schon in der zweiten Theorie subsidiär da war, nun eine der Verpflichtung des Zivilerben koordinierte Stellung gegeben wird. Die Scävola hätten sich Cicero gegenüber damit verteidigen können: daß sie gar keinen neuen Grundsatz, der nicht auch in der älteren Theorie da war, in das Pontifikalrecht eingeführt hätten; daß auch sie primo loco die Verpflichtung jedes einzelnen Erben, wie wenig er auch bekäme — und die lex Voconia hinderte nicht, daß ein einzelner Erbe weit weniger als der Legatar bekam —, fortdauern ließen; daß die Veränderung der major pars der älteren Theorie in das „ebensoviel wie alle Erben" durch die lex Voconia selbst mit Notwendigkeit gegeben und gerechtfertigt sei; daß ferner durch die Verpflichtung dessen, „der soviel nehme, wie alle Erben", auch schon um so mehr die Verpflichtung dessen gegeben sei, der, weil kein Erbe da sei, mehr nehme, als von Erben überhaupt genommen würde, also auch dessen, qui *ullam* rem ceperit (somit die Verpflichtung des dritten Falles und der folgenden

Fälle). Alles dies wäre richtig und unleugbar; aber alles dies zeigt eben, daß durch die so unmerkliche und scheinbar so unverfängliche Änderung, das subsidiarische Prinzip der älteren Theorie zum selbständig koordinierten der jüngeren zu machen, also durch den zweiten Fall, von dem Cicero daher mit solchem Recht ausruft, er sei die rechte Brücke, das geeignete Mittel zur Erreichung dessen gewesen, was man habe erreichen wollen, ein Prinzip eingeführt war, welches sich durch seine eigene Tätigkeit sofort zu dem Gebäude einer ganz anderen Doktrin entwickeln mußte, daß jetzt das Vermögen statt des Erbtumes oder der Willensfortsetzung die Basis der Verpflichtung zu den sacris geworden war, und selbst der oder die Erben, die zusammen weniger als der größte Legatar wegen der lex Voconia nicht erhalten konnten, nur qua gleiche Vermögensnehmer mit diesem zu den sacris verpflichtet zu sein scheinen konnten.

Und so schlagend ist es, daß die von uns entwickelte Auffassung den wahren Sinn der Stelle bildet, daß sich dadurch auch noch im weiteren Verlauf derselben ihre bisher unzugänglichen Einzelheiten erklären. Cicero wirft später den Scävola noch vor, daß sie aber auch noch ein Mittel erfunden hätten, um die Verpflichtung des Legatars zu den sacris zu umgehen, nämlich für diesen den Rat: er solle eine Kleinigkeit weniger als alle Erben nehmen. „Inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. Quod si hoc, qui testamentum faciebat, cavere noluisset, admonet Jurisconsultus hic quidem ipse Mucius, Pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur ... Rursus sacris *liberantur.*“ In der Tat scheint zunächst dieses Tun der Scävola nach allen Seiten unverständlich. Sie, die pontifices, geben den Rat, den Willen des Toten zu eludieren und zu umgehen!

Sie, die pontifices, erfinden ein Mittel, von der Verpflichtung der sacra, an deren Erhaltung ihnen ja gerade gelegen war, zu entbinden! Sie, die eben erst selbst gegen das alte Recht den zivilistischen Legatar in diese Verpflichtung hineingearbeitet hatten, arbeiten ihn jetzt in Widerspruch mit ihrer eigenen Lehre wieder heraus!

Allein alle diese scheinbaren Widersprüche lösen sich jetzt. Die pontifices empfinden selbst, welch große Abweichung vom Geist des alten Zivil- und Sakralrechtes sie vollbracht haben, indem sie den beim Dasein von Zivilerben ganz unverpflichteten Legatar ungebührlich in diese Verbindlichkeit hineingearbeitet haben. Zugleich kann ihnen praktisch gar nichts an der Verpflichtung des Legatars bei dem Dasein eines Zivilerben liegen, denn ihr Zweck, daß die sacra nicht untergehen, ist ja schon durch das Dasein des Erben hinreichend gedeckt. Aber sie brauchen, wie wir ausführlich gezeigt haben, die selbständige koordinierte Verpflichtung des Legatars neben dem Erben als die theoretische Brücke, um zu den weiteren Konsequenzen, dem dritten Falle der Theorie usw., zu gelangen. So arbeiten sie denn den Legatar in diese Verpflichtung hinein, gewinnen so die erforderliche theoretische Brücke, um zu den gewünschten Konsequenzen (ad id, quod propositum est) zu gelangen, und geben ihm dann, insofern Zivilerben da sind, aus Billigkeit praktisch ein Mittel an die Hand, sich mit Leichtigkeit der ihm aufgebürdeten Verpflichtung zu entziehen, sich bewußt, daß ihnen nun deshalb von seiten der Zivilerben kein gegründeter Vorwurf gemacht werden könne, weil diese ja eben nach dem substantiellen Geiste des Institutes die ausschließlich Verpflichteten sein sollen, und sie, die pontifices, also durch

diese künstliche Aufhebung der Pflicht des Legatars nur ihre eigene Aufhebung des alten Rechtes wieder aufheben.

Dies ist das Ganze der Ciceronianischen Stelle und die historische Entwickelung der sacra.

IV. Die römischen Definitionen des Testamentes. Die offenbarte Innerlichkeit. Ehre und Haß. Die Sphäre der geistigen Freiheit.

Ehe wir aber auf das formale und reale Testamentsrecht selbst eingehen, müssen wir zuvor noch die Definitionen betrachten, welche die Römer von dem Testament geben, sowie einige höchst bedeutungsvolle Gebräuche, die in diesem Zusammenhange ihr Licht empfangen.

Unser heutiges Testament ist eine Vermögensverfügung, und niemals ist es den Juristen in den Sinn gekommen, daran zu zweifeln, daß auch das römische Testament eine solche sei, wie denn in der Tat immer eine solche durch es bewirkt wird. — Hiernach ist aber schon auffallend, daß die römischen Juristen das Testament nicht als eine Verfügung über das Vermögen definieren. Nicht nur die Institutionen[1]), sondern schon der berühmte alte Rechtsgelehrte Servius Sulpicius, der Zeitgenosse Ciceros, definiert das Testament etymologisierend als eine „*testatio mentis*", „eine Kundgebung des geistigen Inneren[2])". Und wenn Gellius auch

---

[1]) Inst. pr., II, 10 de test. ord.

[2]) Bei Gellius, Noct. att., VI, 12.

mit Recht diese grammatisch ganz falsche Etymologie in dieser Hinsicht tadelt, so tritt er doch ihrer Sinnbedeutung als einer zutreffenden vollkommen bei[1]). Dieselbe Definition treffen wir bei Ulpian[2]), und von Hand zu Hand bis zu den Institutionen und Theophilus[3]) schleppt sich die Autorität dieser alten Formel.

Die Verlautbarung der geistigen Innerlichkeit also, nicht eine Vermögensverfügung, ist nach den Römern das Testament, und diese Definition ist, abgesehen von der Spielerei der Etymologie, gar nicht realistisch und markig genug aufzufassen! So erklären sich denn jetzt von hier aus interessante und mit Unrecht unbeachtet gelassene Stellen der alten Schriftsteller, die, obwohl außerhalb des juristischen Kreises stehend und von jener etymologisierenden Definition daher nicht berührt, dennoch das Wesen des Testamentes im Volksgeiste ganz in derselben Weise hervortreten lassen. Der Spötter Lucian sagt, daß „die einzige wahre Verlautbarung, welche die Römer in ihrem ganzen Leben von sich geben, diejenige in den Testamenten sei[4])“.

---

[1]) A. a. O.: . . . falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna quasi *mentis* quaedam in hoc vocabulo significatio.

[2]) XX, § 1: Testamentum est *mentis nostrae* justa contestatio.

[3]) Lib. II, Tit. X, § 1, T. I, p. 328, ed. Reitz.: *Πρὸ τῶ ἄλλων ἀναγκαῖον εἰπεῖν τὸν τῆς διαθήκης ὅρον ἤτοι ἐτυμολογίαν· ἡ δὲ διαθήκη παρὰ Ρωμαίοις λέγεται* Testamentum, *ἐντεῦθεν δεξαμένη τὴν ἐτυμολογίαν*, quod testatio mentis sit *(ἐπἐιδὴ μαρτυρία διανοίας ἐστί) καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας.*

[4]) Lucian in Nigrin., c. 30, T. I, p. 52, ed. Bip.: . . . *ὅτι μίαν φωνὴν οἱ Ρωμαίων παῖδες ἀληθῆ παῤ ὅλον τὸν βίον προίενται, τὴν ἐν ταῖς διαθήκαις λέγων κ. τ. λ.*

Und der Römer Lucretius sagt fast dasselbe[1]):

> Nam verae voces tunc demum pectore ab imo
> Eliciuntur, deripitur persona, manet res.

In diesem Zusammenhange begreift sich jetzt also von selbst die bisher bloß als Kuriosität erscheinende und niemals zur Erklärung des Wesens des römischen Testamentes benutzte, so charakteristische Sitte der Römer, aus den Testamentstafeln zugleich ein Denkmal der Schande für ihre Feinde zu machen, Schimpf und Schmähung darin den vollsten, ungehindertsten Lauf zu lassen. — Es reicht hin, an die Beispiele bei Tacitus zu erinnern. Fulcinus Trio ergießt sich in seinem Testament in „multa et atrocia" gegen Marco und andere Günstlinge des Tiberius, wie nicht minder gegen Tiberius selbst[2]).

Fabricius Vejent verfaßt in der Form von Kodizillen ganze Schmähschriften gegen Senat und Priester[3]). Petronius, der sich aus Furcht vor dem Tode selbst die Adern öffnet, beschreibt ausführlich in seinen Kodizillen alle Schandtaten Neros, unter namentlicher Angabe der einzelnen Männer und Weiber und der Neuheit einer jeden einzelnen seiner Ausschweifungen, und schickt dies Testament dem Nero zu[4]).

Schmähung und Schande sind der negative Gegenpol

---

[1]) De rer. nat., III, 57.

[2]) Tacit. Annal., VI, 38.

[3]) Tacit. Annal., XIV, 50: quod multa et probrosa in patres et sacerdotes composuisset, iis *libris* quibus *nomen codicillorum* dederat . . . et (Nero) *libros* exuri jussit.

[4]) Tacit. Annal., XVI, c. 19: ne codicillis quidem, quod plerique pereuntium, Neronem aut Tigellinum, aut quem alium potentium adulatus est; sed flagitia principis sub nominibus exoletorum feminarumque et novitate cujus stupri perscripsit, atque obsignata misit Neroni.

des Testamentes, dessen positiver Pol die durch die Erbeinsetzung manifestierte Identität des Geistes ist. Ebendeshalb, als Proklamation dieser geistigen Willensidentität, ist die Erbeinsetzung nicht sowohl Wohltat, Bereicherung und Liebe, wie der Fall wäre, wenn sie in ihrem Wesen eine Vermögenszuwendung wäre, sondern als jener Auftrag an den Dritten zur Fortsetzung der ganzen eigenen Willenssubjektivität ist sie nach römischen Begriffen eine — Ehre, und läßt dies noch bei späteren Schriftstellern als ihr vorherrschendes Wesen in den Vordergrund treten[1]).

So kann dann allerdings der Brauch nicht mehr wundernehmen, wenn selbst die bedeutendsten, vornehmsten und reichsten Männer des Staates von anderen in weit untergeordneterer Lage schon während des Lebens derselben immer öffentlich als ihre künftigen Erben designiert und behandelt werden[2]), ohne daß für diese im römischen Volksgeist hierin das geringste Anstößige und Unpassende, zu dem Verdacht einer Bereicherungssucht oder Erbschleicherei Anlaß Gebende, enthalten ist. Im Gegenteil, der diese von ihm erregte Voraussetzung hinterher täuschende Erblasser kann sich dadurch so frivol an dem gediegensten Verhältnis im Volksgeiste zu vergreifen und die Substanz desselben zu verraten scheinen, daß in den Zeiten der Republik, wo das Volksgefühl noch lebendig ist, sein Leichnam vom Volke mißhandelt und durch die

---

[1]) Valer. Maxim., VII, c. 7: . . . quaeve ad alios quam qui exspectabant, *honorem hereditatis* transtulerunt; vgl. das., VII, c. 8, no. 4, wo es in bezug auf den im Testament übergangenen Bruder, dem alieni et humiles vorgezogen waren, heißt: „ut non solum *flagitiosum silentium* sed etiam praelatio *contumeliosa* videri posset"; vgl. Tacit. Annal., III, c. 76.

[2]) Valer. Maxim., VII, c. 8, no. 5 et 6.

Straßen geschleift wird, während sein Testament dennoch bestehen bleibt[1]).

Wenn aber, wie bereits gesagt, Ehre und Schande die beiden Gegenpole des Testamentes sind, so identisch miteinander wie sositiv und nagtiv, so muß auch dieselbe unbeschränkte Freiheit, wie der positiven Ehre der Erbeinsetzung, dem Schimpf und der Schmähung im Testament zukommen.

Die Lizenz des Testamentes ist daher die schrankenlose. Natürlich! Wenn das Testament, wie wir sagten, die römische Unsterblichkeit ist, wie das Himmelreich diejenige des Christen, so muß es für den Römer auch das Himmelreich seiner Freiheit sein, in das überhaupt durch keine irdische Gewalt eingegriffen werden kann. Die Imperatoren sogar, welche alle staatliche Freiheit vernichten, vor denen selbst Leben und Vermögen, alle reale Freiheit des Individuums ein Spott ist — vor dieser metaphysischen, transzendenten Freiheit des römischen Subjektes schrecken sie zurück, beugen sich vor ihr und erdulden sie lieber, als mit diesem innersten Heiligtum des Volksgeistes in Konflikt zu geraten. Als der römische Senat die Servilität so weit treibt, diese Schmähungslizenz der Testamente beschränken zu wollen, da, wie wir aus Sueton wissen, interveniert wohlweislich Augustus selbst und verhindert es[2]). Ja, sogar ein Tyrann wie Tiberius verbietet es den Erben des Fulcinus Trio, welche

---

[1]) Wie dies dem Q. Cäcilius erging: „cum *prae se semper tulisset,* unum illum (L. Lucullum) sibi esse heredem," während er hinterher im Testament den Pomponius Atticus einsetzte; s. Valer. Maxim. l. 1.

[2]) Sueton. vit. Aug., c. 56: de inhibenda testamentorum licentia *ne senatus quidquam constitueret,* intercessit.

die Schmähungen, mit welchen das Testament gegen Tiberius und seine Günstlinge angefüllt war, verheimlichen wollen, und befiehlt, das Testament dem Gebrauche gemäß laut zu verlesen, „patientiam libertatis alienae ostentans", wie Tacitus sagt[1]). Das Testament ist die unantastbare Sphäre der römischen Freiheit, eine Sphäre, in deren Transszendenz selbst ein Tiberius die Freiheit so geduldig anerkennt, wie der größte christliche Tyrann die Gleichheit im Himmel; — und es ist noch ganz unter dem traditionellen Einfluß dieses Begriffes, daß Kaiser Konstantin schreibt[2]) : „*Nihil enim est,* quod *magis hominibus debeatur,* quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, *liber sit stylus et licitum* quod iterum non redit arbitrium."

V. Die Erbeinsetzung. Das Testament als Wille des Erben. — Die bonorum possessio.

Stärker aber und unleugbarer, als in einer Definition der Fall sein kann, tritt nun überall im formalen und realen Testamentsrecht jene Ideenreihe hervor. Das Testament muß eine institutio heredis, eine formelle Einsetzung eines Erben enthalten[3]). Jede bloße, im Testament vorgenommene Vermögensverteilung wäre nichtig, wenn die ausdrückliche Institution, diese direkte Einsetzung des Willenskontinuators, fehlt. Diese Erbeinsetzung muß ferner vor allem anderen, namentlich

---

[1]) Tacit. Annal., VI, c. 38.

[2]) L. 1 C. de sacros. eccl. (1, 2).

[3]) Dig., XXVIII, 5. Inst., II, 14. Cod., VI, 24, de hered. instit.

vor den Legaten vorhergehen, sie muß den Anfang[1]) des Testamentes bilden. Wenn endlich der eingesetzte Erbe nicht erwirbt, wenn er vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt oder ausschlägt, so bricht als Regel das ganze Testament zusammen, auch alle Legate werden hinfällig[2]). Der Erbe ist es somit erst, welcher durch sein Dasein dem Testament Dasein gibt, welcher durch seinen Willen den Willensbestimmungen des Testators Halt und rechtliche Existenz verleiht[3]).

Was auf das deutlichste hierin liegt, ist, daß nur, wenn im Erben der Wille des Verstorbenen noch als fortexistierend gesetzt ist, der Wille des Toten noch als daseiend angeschaut wird und in seinem Vermögen zur Ausführung kommt. Ohne den Willenskontinuator bleibt der Wille des Toten das, was er der Realität nach ist, ein toter, gewesener, nicht mehr existierender, nicht willensfähiger Wille, der, weil er keine lebendige Existenz, auch keinen Anspruch auf Geltung hat.

Während man also jene Bestimmungen des römischen

---

[1]) . . . heredis institutione plerumque *debet initium facere* testamenti. Ulpian. L. 1 pr. de hered. inst. (28, 5).

[2]) L. 9 de test. cur. (26, 2); L. 3, § 2; L. 16 de jur. codic. (29, 7); L. 1, § 1, de legat. III; L. 181 de reg. jur. (50, 17); L. 2 C. si quis om. caus. test. (6, 39); L. 14 C. de fideic. (6, 42).

[3]) Somit erscheint schon hier das Testament nicht als bloßer Wille des Erblassers, sondern als der eigene Wille des Erben und als durch diesen gesetzt, so daß sich auch jetzt erst das innere Verständnis des römischen Satzes ergibt, der Erbe sei dem Legatar quasi-contractu, d. h. durch Willensbestimmung verpflichtet (s. unseren Bd. I, S. 619 und vgl. § 2, C. das.). So daß also schon hier der Beweis vom testamentarischen Erbrecht geliefert ist, den wir umfassender erst durch alles Folgende erbringen können, daß dasselbe dem Erben aus seinem eigenen Willen herfließt.

Rechtes stets als einen bloßen Ausfluß des „rigorosen Formalismus" des Römers hingestellt hat, eine freilich ebenso bequeme als nichts erklärende Erklärung, haben sie sich hier — wie das durchgängig im folgenden mit allen Formbestimmungen der Fall sein wird — als die von allem Formalen weit entfernte, notwendige Konsequenz der innersten spekulativen Idee des römischen Erbrechtes ergeben.

Wie aber kann allein die gültige Form der Erbeinsetzung lauten? Der Erbe soll nach dem entwickelten Begriff nicht etwas haben (das Vermögen), sondern etwas sein (Willenserhalter). Nur zufällig und sekundär, wenn nicht über das Vermögen verfügt ist, hat der Erbe auch das erblasserische Vermögen, weil er selbst ja, als die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität, somit natürlich Herr des dieser Willensherrschaft Unterworfenen ist. Aber nicht in diesem Haben liegt der Begriff des Verhältnisses, und nicht darauf darf daher der Reflex in der Formel fallen. Es ist daher jede Erbeinsetzung nichtig, welche den Erben mit einem Haben oder Nehmen (habeto, sumito, capito), wie es bei dem Legatar heißen muß, dessen Begriff in der Vermögenszuwendung besteht (s. Nr. XIV), in Verbindung brächte, z. B. Titius habe mein Vermögen oder meine Erbschaft. Die einzige begrifflich konsequente Erbeinsetzung muß lauten: „Titius sei Willensfortsetzer" (Titius *heres esto*)[1]. Und ferner: Damit der Erbe Willensidentität mit dem Erblasser sei, muß er zuvor von diesem dazu gemacht werden. Dies erfordert zunächst einen Willensakt seitens des Erblassers, vollbringt sich also nur durch den Befehl, den Willensstoß des Imperativs.

[1]) Über die etymologische Bedeutung und den sprachlichen Gebrauch von heres und hereditas vgl. die Note sub Nr. XXI.

Würde bloß erzählt: „Titium heredem esse volo, heredem facio, instituo", so würde diese Erzählung oder Erklärung ja immer noch nicht den Willensakt, die Willenshandlung enthalten, durch welche seitens des Erblassers die Metamorphose des Erben in seine Willenssubjektivität bewirkt wird, vielmehr würde hier eine solche Operation, an der es dann aber überall fehlt, als schon anderweitig geschehen, in dieser Erzählung nur vorausgesetzt sein[1]). Diese im Präsens gehaltenen Erbeinsetzungen müßten daher gleichfalls wirkungslos sein, und es muß auch in dieser Hinsicht bei der imperativischen Form: „Titius heres esto (oder sit)", als der einzig wirksamen, verbleiben. Nur bei der Formel heredem esse *jubeo* kann ein Zweifel entstehen, indem hier der befehlende Inhalt des Zeitwortes und der bloß erklärende Charakter der Zeitform sich einander gegenüberstehen und hierdurch der Formel, nicht ohne Mühe, im Lauf der Zeit Anerkennung verschaffen[2]).

Wir haben oben gesagt, es würde für die Unendlichkeit des erblasserischen Willens nicht ausreichen, wenn er nur einen Zeitmoment über seine natürliche Dauer hinaus verlängert, dann aber, wie dies bei der Auffassung des Erbrechtes als einer bloßen Vermögensverfügung der Fall, erloschen wäre. Dies vielmehr sei der unterscheidende Begriff des römischen Erben, daß er den Willen des

[1]) Der Imperativ: T. heres esto, erweist sich so nur als die Abbreviatur der, wie wir später sehen werden, in ihrer adäquatesten Form im testamentum per aes et libram vollzogenen dramatischen Willenshandlung.

[2]) Gajus, II, § 117: *Solemnis* autem institutio haec est *„Titius heres esto"*; sed et illa *jam comprobata videtur „Titium heredem esse jubeo"*; at illa non est comprobata *„Titium heredem esse volo"*; sed et illae a plerisque improbatae sunt *„heredem instituo"* item *„heredem facio"* Ulpian, Fr. XXI, 1.

Erblassers als einen schlechthin unsterblichen, unendlichen kontinuiere[1]).

Dann aber folgt hieraus, daß auch die bloße Verlängerung dieses Willens bis zu irgendeinem beliebigen, wenn auch noch so fernen oder ungewissen Zeitmoment dem Wesen dieses Erbtums widerspricht, oder mit anderen Worten, es ist hiermit gegeben, daß die Erbeinsetzung nicht in ihrer Dauer beschränkt (nicht ad idem getroffen)[2]) und ebensowenig an irgendwelche Resolutivbedingung geknüpft werden kann[3]), solche Bedingung vielmehr durch die Maxime semel heres, semper heres bei dem Erben beseitigt wird, während sie bei dem Legat, welches im Unterschied vom Erbtum die bloße Verfügung über die Vermögensmaterie darstellt, vollkommen wirksam bleiben kann[4]).

---

[1]) Wie es von den sacra heißt (s. oben S. 53): ut sint *perpetua,* und diese Perpetuität wird in der Tat erreicht, indem die Willenssubjektivität, wie die sacra, durchs Erbtum immer von einem Erben auf den wieder mit diesem identischen Willensträger desselben übergehend ins Unendliche erhalten wird.

[2]) Papinian, L. 34 de hered. inst. (28, 5). Hereditas ex die vel *ad diem* non recte datur, sed temporis vitio sublato manet institutio. Inst., § 9, de hered. inst. (2, 14).

[3]) Gajus, L. 88 h. t. (28, 5): . . . quum autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui *semel* heres extitit, *desinat heres esse;* vgl. L. 15, § 4 de test. milit. (29, 1).

[4]) L. 26 C. de legatis (6, 37). — Hierdurch wird nun auch, gleichviel wie sich dies bei den Legaten im älteren Rechte verhalten haben möchte (vgl. L. 55 de leg. I; L. 44 de o. et a. 44, 7), die von einigen aufgestellte und von der herrschenden Ansicht ohnehin verworfene Lehre vollständig von innen heraus widerlegt, daß auch bei der Erbeinsetzung die zugefügte Resultivbedingung in die umgekehrte Suspensivbedingung verwandelt und so aufrecht gehalten werden

Aus demselben Grunde kann nun auch die Wirksamkeit der Erbeinsetzung nicht durch eine Zeitbestimmung aufgeschoben werden[1]), da, wenn es die Willenssubjektivität des Erblassers ist, die durch den Erben als dauernd erhalten und dargestellt werden soll, diese Fortsetzung eine unmittelbare, ununterbrochene sein muß. Die Suspensivbedingung dagegen kann zulässig bleiben, da bei ihr die Erfüllung auf den Tag des Todes zurückschlägt und ihn zum Erben ab tunc, mit allen Wirkungen und Nutzungen der Zwischenzeit, macht. Aber aus demselben Grunde, aus dem wir die Unmöglichkeit der Resolutivbedingung haben hervorfließen sehen, muß nun auch bei der Suspensivbedingung der Unterschied eintreten, daß sie bei der Erbschaft auch die Delation derselben bis zum Eintritt der Bedingung verschiebt, während sie bei der bloßen bonorum possessio diese Wirkung nicht hat, hier vielmehr gegen fidejussorische Kaution die Hinterlassenschaft dem prätorischen Erben sofort übergeben wird[2]).

müsse (siehe v. Wening-Ingenheim im Jurist. Archiv, I, 9; Zimmern, das. VII, 7; Mejer in Schweppes Handbuch, V, 64). Wenn dies, wie man jenen Schriftstellern nachgeben kann, bei den Legaten der Fall ist (d. h., wie wohl die richtigere Auffassung sein dürfte, im früheren Rechte der Fall gewesen ist, weshalb eben von Justinian durch die L. 26 nun auch die direkte, nicht umgewandelte Resolutivbedingung bei den Legaten zugelassen wird), so liegt ein unendliches Verkennen des Geistes des Erbrechtes darin, aus der Analogie der Legate für die Erbeinsetzung — wie übrigens ganz allgemein geschieht — räsonnieren zu wollen, während man ebenso gut e contrario daraus folgern könnte.

[1]) Siehe die Stellen in Anm. 2, S. 92.

[2]) L. 5 pr.; L. 6; L. 10; L. 12 de bon. poss. sec. tab. (37, 11); L. 12 L. 13 qui satisd. cog. (2, 8); L. 8 pr. de stip. pret. (46, 5).

Denn schon muß es genügen, der bonorum possessio in diesem Zusammenhange nur zu erwähnen, um, wie immer, wenn man sich erst im Zentrum einer Substanz befindet, ihren Begriff und ihr wahrhaftes Verhältnis zu der hereditas, das durch so viele und gelehrte Untersuchungen nicht aufgeklärt zu werden vermochte und daher in den widersprechendsten Veranlassungen gesucht wurde, in vollständigster Tageshelle hervortreten zu lassen. Schon muß nämlich klar sein, daß sich die prätorische bonorum possessio zur zivilrechtlichen hereditas gar nicht anders verhält, als, nach unserer obigen Begriffsbestimmung, innerhalb des Zivilrechtes selbst das Legat zur Erbeinsetzung, d. h. daß die *bonorum* possessio, wie es jetzt ja auch ihr Name in so einfacher Evidenz zeigt, nichts anderes darstellt, als die bloße Nachfolge in die Vermögensmaterie, ohne, wie der zivilrechtliche Erbe, die verewigende, identifizierende Nachfolge in die ideale Willenssubjektivität des Erblassers zu sein. Mit anderen Worten: Was man das Zivilistische im Erbrecht — das zivilrechtliche Erbrecht — zu nennen pflegt, ist nichts anderes als das streng konsequente Walten des (aufgezeigten) spekulativen historischen Begriffes der römischen Geistesstufe im Erbtum, ein System, gegen welches der Gedanke der Erbschaft als bloßer Vermögensvererbung zu reagieren und sich ihm als eine freie Totalität im prätorischen Erbrecht entgegenzustellen beginnt[1]).

[1]) Es zeigt sich von hier aus das relativ Richtige, innerlich Richtige in der Meinung derer, die, wie Hugo (Rechtsgesch., II, 238), die bonorum possessio aus dem jus gentium entspringen lassen. Nicht das nämlich wird also nach unserer Ansicht hieran das Richtige sein, daß die bonorum possessio ursprünglich von dem praetor peregrinus den Fremden

Es liegt ebenso außer dem Plane wie außer dem Raume des gegenwärtigen Werkes, dies nun näher durch die Glie-

---

in Rom bewilligt und aus seinem Edikt in das Edikt des praetor urbanus hinübergeflossen sei, sondern die bonorum possessio beruht auf demselben Ankämpfen des Gedankens des jus gentium gegen das jus civile, welches die ganze römische Rechtsgeschichte beherrscht. — Relativ am richtigsten noch hat Gans (Erbrecht, II, Kap. 6) die allgemeine Stellung der bonorum possessio zur hereditas angegeben. Allein diese Richtigkeit ist noch eine ganz abstrakte, die eben nur in der Stellung besteht, welche er beiden Systemen als geschlossenen Totalitäten gegeneinander zuweist. Wenn Gans (das. S. 465) sagt: die bonorum possessio, dem römischen Erbrecht gegenüber, hat die Bedeutung des abstrakt Freien, im Gegensatz des abstrakt Substantiellen," so ist das richtig, aber selbst noch ganz abstrakt gesagt. Was fehlt, ist, was dem gesamten Werke von Gans überhaupt fehlt, nämlich anzugeben, in welchem bestimmten Gedankeninhalt das Substantielle im römischen Erbrecht bestehe. Dies konkret Substantielle besteht aber eben nur in dem oben explizierten Gedanken des Erbtums als Dasein der Willensunendlichkeit, welcher erst in der Trennung der Willensvererbung von der Vermögensvererbung in ganzer Schärfe hervortritt, wie sich das oben immer deutlicher ergeben wird. Ohne diese Inhaltsangabe bleiben die Bezeichnungen des abstrakt Substantiellen und abstrakt Freien selbst so abstrakt und leer, daß sie sich miteinander vertauschen lassen. Ja, eigentlich ist dies Gans selbst in dem zitierten Satze zugestoßen; denn er sieht im Laufe des ganzen Werkes das Substantielle im römischen Erbrecht irrig nur in der Intestaterbfolge, wogegen ihm das Testament nur als das abstrakt Willkürliche erscheint (während dasselbe, wie nachgewiesen, erst wahrhaft den substantiellen Inhalt des römischen Geistes zum Dasein bringt); wenn er also hier die bonorum possessio als das Freie, im Gegensatz zum testamentarischen Erbrecht als dem Substantiellen bezeichnet, so nimmt er diesen Ausdruck plötzlich in einer seinem ganzen Werke widersprechenden und von ihm nicht näher erklärten Bedeutung.

derung der bonorum possessio durchzuführen, die sich übrigens jedem mit Stoff und Gedanken Vertrauten nunmehr von selbst aus dem angegebenen Begriffe zur Totalität ihrer Bestimmungen aufrollen und in ihrem eingreifenden Verhältnis zur zivilrechtlichen hereditas entwickeln wird; nur gelegentlich werden wir häufig auf sie zurückkommen und diesen ihren Begriff näher belegen.

Wir kehren also zu dem zivilen Erbrecht zurück, das uns allein hier beschäftigt, und haben jetzt den Nachweis zu bringen, daß nicht nur im Gedanken das Erbrecht nur in der im Erben gesetzten Fortdauer des erblasserischen Willens (Erbeinsetzung) besteht und von der Vermögensnachfolge, die dem Willen nur als sein Akzessorium zufällt, unterschieden ist, sondern daß dies so wahr und so sehr der spezifische Begriff des römischen Erbrechtes ist, daß nicht nur sogar die reale Trennung beider Seiten eintreten und der Erbe auch faktisch als Erbe des Willens erscheinen kann, ohne Erbe des Vermögens zu sein; sondern daß es eine Zeit des jus civile gegeben, wo diese Spaltung herrschende Sitte war, ja daß diese Zeit allein sich als die Zeit des echten und ungeschwächten jus civile, als die Zeit des zivilistischen Erbtums in seiner noch unversehrten markigen Lebendigkeit herausstellt.

VI. Die Spaltung. Das reale Hervortreten der Momente der Idee.

Es bedarf aber, um dies und das oben (S. 40—48.) hierüber apriorisch Entwickelte in sinnlichster Evidenz hervortreten zu lassen, zunächst nur eines Blickes auf eine Stelle des Gajus.

„*Sed olim quidem licebat, totum patrimonium* legatis *atque* libertatibus erogare *nec quicquam heredi relinquere* praeterquam *inane nomen heredis;* idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suae rei, ita jus esto; quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant *et idcirco plerique intestati moriebantur*[1]*).*"

Bis aufs kleinste tritt hier also alles das hervor, was wir oben apriorisch als die paradoxe, aber notwendige Konsequenz des spekulativen Begriffes entwickelt haben, als das entscheidende Kennzeichen dessen, ob der von uns nachgewiesene spekulative Begriff wirklich der das römische Erbrecht beherrschende sei. Früher, sagt Gajus, stand es frei, die gesamte Erbmasse durch Legate zu erschöpfen und dem Erben nichts zu hinterlassen, außer dem leeren Namen des Erben. Jene Unabhängigkeit des Begriffes des Erben — als des bloßen Fortsetzers der reinen Willenssubjektivität des Toten — von der Vermögenszuwendung, ja die reale Trennung, in die beide Seiten gegeneinander treten können, dies also, daß der Erbe nur als Erbe des Willens, nicht des Vermögens des Testators erscheint, — diese ungeheuere Paradoxie, welche unseren heutigen Begriffen von Erbrecht, welche die Autoren unwillkürlich auch dem römischen zugrunde legen, so sehr widerspricht, daß sie auf den ersten Blick nicht einmal einen Sinn zu gewähren scheint, diese Paradoxie zeigt sich also durch historischen Beweis als der spezifische und charakteristische Geist des römischen Erbrechtes! Durch die Vermögensverfügung der Legate wurde das

---

[1]) Gajus, II, 224.

Vermögen erschöpft, durch die Erbeinsetzung nur die ideelle Bedeutung des Willenserhalters, „der leere Name des Erben“, wie Gajus sagt, auf seine Person übertragen. Und man beachte wohl, Gajus bekundet nicht nur, wie man meint, daß dies nach der Auslegung der Zwölftafelgesetze erlaubt war. Obgleich schon ein so bizarres Recht, das unseren Erbbegriff so gänzlich aufzuheben scheint, schlechterdings eine innere Erklärung erfordert hätte, wenn eine solche nach der bisherigen Auffassung des römischen Erbrechtes eben möglich gewesen wäre. Gajus aber bezeugt noch mehr. Er bezeugt auch, daß diese Weise des Testierens nicht nur erlaubt war, sondern auch so häufig vorkam, so allgemein üblich war, daß sie sogar die Regel bildete, so daß deshalb die meisten *(et idcirco plerique)*, weil die Erben nun ausschlugen und das Testament also zusammenfiel, als intestati starben[1]). Gebe man uns nun heute hundertmal ein Gesetz, welches uns die allerfreieste Vermögensverfügung im Testament und auch diese reale Enterbung des Erben erlaubte, wer, glaubt man wohl, würde von letzterer Befugnis Gebrauch machen? Wer heutzutage würde, wenn er die unbeschränkteste Befugnis hat, zum Erben einzusetzen, wen er will, jemand zum Erben einsetzen, den er hinterher realiter wieder enterben will? Man fühlt also, daß nicht das geringste damit getan war, wenn jenes Recht als solches zum Beispiel damit erklärt wurde, daß es aus dem Formalismus einer zu ängstlich-strengen Festhaltung an dem Buchstaben des Zwölftafelgesetzes entstanden sei, diesem allezeit offenen

[1]) So daß hieraus nun, worüber bald mehr, die lex Furia entsprang (s. Gajus, a. a. O.), durch welche der erste Schritt auf der Laufbahn geschieht, den Erben notwendig mit Vermögen zu erfüllen.

Schlupfwinkel, in den sich überall beim römischen Recht jeder sofort rettet, wenn er das Wesen der Sache nicht zu durchdringen vermag. Denn diese Erklärung würde jedenfalls gänzlich unerklärt lassen, warum die Römer von einer ihnen nur durch zu formalistische Auslegung gegebenen Befugnis auch Gebrauch gemacht, und zwar in der Regel Gebrauch gemacht haben. Die Tatsache dieses Gebrauches verlangt also jedenfalls noch eine andere, sie aus dem Inneren des bestimmten Volksgeistes ableitende Erklärung. Ist eine solche aber gegeben, so ist mit derselben von selbst auch jenes Recht plötzlich durchsichtig geworden und aus seiner angeblichen Buchstabenquelle in sein inwendiges Wesen umgebogen, und es zeigt sich daher an diesem Beispiel recht deutlich, was es mit der Erklärung aus dem Buchstabenformalismus überhaupt auf sich hat, eine Erklärung, die nur erklärt, daß etwas nicht erklärt werden könne.

Sonderbares, unbegreifliches Volk also, muß es scheinen, diese Römer! Erst enterben sie die eigenen Kinder, um einen freigewählten Erben einzusetzen. Und dann enterben sie wieder diesen in absolutester Freiheit gewählten Erben, um das Vermögen Legataren zuzuwenden!

Es liegt auf der Hand, daß solange, wie bisher, nicht einmal die Frage nach der Quelle dieses so unbegreiflichen und befremdenden Widerspruches und seiner Lösung aufgeworfen wurde, solange auch nicht einmal der Versuch gemacht war, in den Geist des römischen Erbrechtes einzudringen.

Uns aber hat sich nun mit der Frage zugleich auch die Lösung derselben im voraus ergeben. Denn dieser Widerspruch ist überhaupt gar kein anderer als der Widerspruch des römischen und unseres heutigen Erb-

begriffes. Dieser Widerspruch entsteht überhaupt nur, wenn das Vermögen, als zum Wesen des Erbtums gehörig, das Erbtum als Vermögensnachfolge gedacht wird. Für uns hat sich statt dessen bereits in dem früheren ergeben, aus welcher Quelle sowohl jenes Recht, als auch die herrschende Sitte seiner tatsächlichen Anwendung notwendig herfließt. Es ist jene spezifische Anschauung des römischen Geistes, es ist sein inhaltlicher Begriff des Erbtums selbst, welcher jenes Recht setzt und zugleich die allgemeine Anwendung desselben nicht nur hervorbringt, sondern hervorbringen muß, weil sie eben im Wesen der römischen Erbauffassung ihre Wurzel hat. Ja, es ist ersichtlich, wie in der realen Anwendung dieser Spaltung, die uns allein in die wahrhafte Substanz des römischen Erbrechtes blicken läßt, das höchste Interesse, die gesteigertste Befriedigung des Erblassers liegen muß.

Wenn der Begriff des Erbtums ist, die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität zu realisieren, so liegt das Interesse des Erblassers nicht darin, daß der Erbe hat, sondern daß der Erbe handelt, nach seinem, des Erblassers, Willen handelt[1]. Den Erben nach seinem

[1] Sehr deutlich lassen dies oft die Aussprüche der Dichter hervortreten, s. Ovid. Tristia, I, 2, Vers 53.

Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo,
Et mandare suis aliqua et sperare sepulcrum.

Nicht darauf, daß der Erblasser den Erben etwas hinterläßt, für sie sorgt usw. — darauf, daß er ihnen Aufträge gibt, sie nach seinem Willen handeln macht, kommt es ihm an. Noch deutlicher Ovid. Tristia, III, 3, Vers 43:

Nec mandata dabo? nec cum clamore supremo
Labentes oculos condet amici manus?

Willen handeln zu machen, ist daher der Triumph des Erblassers, der echte Beweis von der Fortdauer seines Willens, und wir werden diesen Satz später bei der Legatenlehre in seiner konkreten Wichtigkeit sich näher entfalten sehen. Aber solange der Erbe noch hat und handelt, ist die Situation immer noch zweideutig. Es bleibt immer noch möglich, daß es nur sein eigenes Interesse ist, welches den Erben zum Erbtum bestimmt. So wäre dann gar nicht der Erbe die Fortexistenz des erblasserischen Willens, sondern es wäre sein eigenes Interesse und sein eigener egoistischer Wille, der im Erben lebendig wäre und die erblasserische Willenssubjektivität, statt sie fortzusetzen, nur verschlungen und vernichtet hätte. Aber ein entscheidendes Mittel hat der Erblasser, um sich zu vergewissern und es zur zweifellosesten Sicherheit zu bringen, daß es sein Wille ist, der im Erben existiert und fortlebt, nicht dessen eigener Egoismus. Dies Mittel besteht darin, dem Erben nicht das geringste eigene Interesse zu gewähren, ihn vielmehr in direkten Gegensatz mit seinem egoistischen Interesse zu bringen. Der Erbe, der nichts bekommt und dennoch Erbe ist und nach dem Willen des Erblassers handelt[1]) — der enterbte Erbe[2]) —, ist der unerschütterliche Beweis, daß es der erblasserische Wille ist, der in ihm fortexistiert. Der enterbte Erbe ist der gipfelnde Triumph des erblasse-

---

[1]) Nämlich die Legate verteilt.

[2]) Der noch zu den Schulden und Lasten der Erbschaft verpflichtet bleibt, wogegen er sich, wenn diese nicht durch Legate gedeckt sind, durch Transaktionen mit den Legataren decken kann, ähnlich wie Gajus es uns vom Fiduciarerben in bezug auf die Fideikommissare erzählt; siehe hierüber sub Nr. IX.

rischen Willens, die absolute Gewißheit und der höchste Genuß seiner Fortexistenz, den sich dieser Wille geben kann. Im enterbten Erben feiert und befriedigt dieser transszendente Wille seinen wollüstigsten metaphysischen Kitzel[1])!

Aber schon ist mit dieser höchsten triumphierenden Stellung des Erblassers auch das Moment der Reibung gegeben, welches dieses starre, idealistische Erbtum endlich in geschichtlichen Fluß bringen und aus sich herauszutreten zwingen muß.

VII. Die Spaltung und das Moment der Reibung. Der geschichtliche Verlauf desselben. Die lex furia, lex voconia, lex falcidia.

Nachdem Gajus a. a. O. gesagt hat: „et idcirco plerique intestati moriebantur", fährt er so fort: „Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est." Weil also, sagt Gajus, die testamentarischen Erben ausschlagen und so die meisten ab intestato beerbt werden mußten, so wurde deshalb die lex Furia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß, mit Ausnahme gewisser Personen (wahrscheinlich der Kinder und

---

[1]) Man sieht jetzt übrigens, wie der Römer bei diesem Erbtum auch sehr gut das Mittel hatte, die Ehre der Willensidentität (s. S. 86) einem Freunde und das Vermögen durch Legate den Kindern zuzuwenden.

nächsten Anverwandten[1]), kein Legatar ein größeres Legat als tausend Aß nehmen darf[2]).

„Aber," fährt Gajus sehr naiv fort, „auch dieses Gesetz vollbrachte nicht, was es wollte (sed et haec lex non perfecit *quod voluit);* denn wer zum Beispiel fünftausend Aß im Vermögen hatte, konnte dadurch, daß er fünf einzelnen Legataren je tausend Aß legierte, das ganze Vermögen erschöpfen[3])."

Wie naiv auch die bald näher zu betrachtende Vorstellung des Gajus sei, das Gesetz habe „nicht vollbracht, was es wollte", seine tatsächliche Kritik, daß dem Erben dadurch noch keineswegs irgendwelcher Anteil am realen Vermögen gesichert worden sei, bleibt richtig. „Deshalb," fährt Gajus weiter fort, „wurde später die lex Voconia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß keinem erlaubt sein solle, auf Grund von Legaten oder von Todes wegen überhaupt mehr zu nehmen als die Erben[4]); aus welchem Gesetze die Erben doch wenig-

[1]) Dann sollte also an dem in der vorigen Note Bemerkten noch nicht einmal durch die lex Furia irgend etwas geändert werden.

[2]) Auch die Ausdrucksweise des Gesetzes ist zu bemerken. Es wird nicht dem Testator verboten, einem Legatar mehr als tausend Aß zu legieren — und wenn er es dennoch tut, kann daher sein Testament weder als solches, noch in bezug auf das Legat in den Verdacht geraten, als gegen Verbotsgesetze angehend ungültig zu sein —, sondern bloß dem Legatar wird verboten, mehr als tausend Aß zu nehmen (legatorum nomine mortisve causa *capere*), wodurch nun das von ihm nicht Genommene von selbst in der Willensherrschaft des Willenskontinuators verbleibt.

[3]) Gajus, II, 225: qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

[4]) D. h. mehr als der Erbe (ex asse), oder als alle Erben zusammengenommen.

stens irgend etwas notwendig zu haben schienen[1])."
Aber es scheint, nach Gajus, ein eigener Unstern über der römischen Gesetzgebung zu schweben, denn er fährt fort: „sed tamen vitium simile nascebatur". „Aber dennoch entstand auch hier ein ähnlicher Fehler", ein ähnlicher nämlich, wie bei der lex Furia; also auch die lex Voconia vollbringt wieder nicht, was sie vollbringen will. „Denn durch Zerstückelung des Vermögens auf eine große Anzahl von Legataren konnte man dem Erben ein solches Minimum hinterlassen, daß es für ihn nicht lohnte, wegen dieses Gewinnes die Lasten der ganzen Erbschaft auf sich zu nehmen[2])."

Immer also, meint Gajus, ist der Zweck, den schon die lex Furia hatte, noch nicht erreicht. Endlich wird er es! „Und so wurde denn die lex Falcidia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß es nicht freistehen solle, über mehr als drei Viertel des Vermögens durch Vermächtnis zu verfügen; und so ist es denn notwendig, daß der Erbe den vierten Teil der Erbschaft hat; und das ist das Recht, das jetzt bei uns besteht[3])."

Gajus hat uns also nicht bloß oben gesagt, daß es in

---

[1]) Gajus, II, 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes haberen videbantur.

[2]) Nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterant adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

[3]) Lata est itaque lex Falcidia qua cautum est, ne plus legare liceat quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc jure nunc utimur; vgl. Ulpian. Fr. XXIV, § 32.

der alten Zeit des Zwölftafelrechtes herrschende Sitte war, dem Erben nichts zu hinterlassen, so sehr herrschende Sitte, daß nun die meisten Erblasser, da die Testamentserben deshalb ausschlugen, ab intestato beerbt werden mußten; sondern er beweist dies nun auch, indem gerade zur Abhilfe dieses Übelstandes[1]) — der also notwendig ein sehr häufig eintretender gewesen sein muß — sogar ein besonderes Gesetz, die lex Furia, erlassen wurde, der, da sie jenem Übelstande doch nicht abhilft, die lex Voconia und, da diese wiederum nicht abhilft, endlich die lex Falcidia folgt, welche wahrhafte Abhilfe schafft.

In bezug auf diesen rein tatsächlichen Inhalt ist die Stelle des Gajus ebenso klar wie unangreifbar. Aber was einer anderen Erklärung bedarf, als Gajus sie zu geben vermochte, das ist das Verhältnis dieser drei Gesetze zueinander und der dadurch im Erbtum vor sich gehenden Entwickelung.

Gajus macht sich freilich die Sache sehr leicht, indem er einfach sagt, die lex Furia „vollbrachte nicht, was sie vollbringen wollte", woraus die lex Voconia hervorgegangen sei. Dieser aber sei das gleiche Unglück zugestoßen, und so habe man denn nun endlich die lex Falcidia erlassen, die nach dieser Darstellung nur das vollbrachte, was schon vor ihr die lex Voconia, und schon vor dieser die lex Furia vollbringen gewollt hatte.

---

[1]) Es wird sich später bei der Darlegung des Begriffes der Intestaterbfolge zeigen, daß und warum es für den römischen Geist durchaus nicht gleichgültig sein konnte, ob Testaments- oder Intestaterbschaft eintrat. Beide zwar sind ziviles Erbtum oder Willenskontinuation, aber nur das testamentarische Erbtum ist die Realisation dieses Begriffes in seiner adäquatesten Form.

Und weil Gajus dies sagt[1]), ist man denn auch darin bisher allgemein seiner Darstellung gefolgt. Ja, selbst ein so geistvoller Mann, wie Gans, behält dieselbe noch im wesentlichen bei[2]).

Wird es denn aber wirklich möglich sein, diese Ansicht irgend ernsthaft festhalten zu wollen? Wenn schon die lex Furia vollbringen wollte, was ihr mißlang, nach ihr der lex Voconia mißlingt und erst durch die Falcidia erreicht wird, so war es also in letzter Instanz, und ohne

---

[1]) Vgl. die entsprechende Darstellung der Inst., II, 22, ad leg. Falc.

[2]) Gans faßt daher diese Gesetze auch irrtümlich als einen Kampf zwischen dem Erben und dem Legatar auf und verfehlt selbst des Gajus' Sinn, indem er dessen Worte so versteht: die lex Furia sei erlassen worden, „indem nun das Ausschlagen des Erben dem Testamente, also selbst den Legaten gefährlich wurde," also im Interesse der Legate und ihres Bestandes, woran auch Gajus gar nicht denkt. Die lex Furia wurde vielmehr im Interesse der Erblasser erlassen, damit diese nicht durch das Ausschlagen der Erben um den gewollten testamentarischen Willensfortsetzer kämen, wie es deshalb auch in den Inst., II, 22, heißt: „Idque (der Erlaß der lex Furia) *ipsorum testatorum gratia* provisum est ob id quod plerique intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire." Aber Gans ist, weil er Erbtum und Testament ihrem Wesen nach ebenso gut wie die positiven Juristen sämtlich noch für eine Vermögensverfügung hält (siehe z. B. Gans, II, 173: „da das Testament die Beziehung des testierenden Willens auf das Vermögen ist," und allerwärts), gerade wegen seiner philosophischen Konsequenz zu einem der größten begrifflichen und historischen Irrtümer gelangt, die überhaupt im Erbrecht möglich sind; zu der Folgerung nämlich, daß unter dem Zwölftafelrecht, vor der lex Furia, Erbe und Legatar gleiche Bedeutung haben, und daß sich erst durch die lex Furia, Voconia und Falcidia der Unterschied zwischen

Wortverhüllung gesprochen, nur eine Redaktionsungeschicklichkeit, welche die lex Furia verhindert, sofort selbst ihren Zweck zu erreichen! Eine Redaktionsungeschicklichkeit, die gar nicht aufhört, dies zu sein, wenn man sie auch, wie Gans a. a. O., in eine „Einseitigkeit der Verordnung" umtauft, die sich „aber sehr bald bemerkbar gemacht" habe; als ob es den Römern nicht schon beim Erlaß der lex Furia und wieder der lex Voconia hätte klar sein müssen, daß die totale Enterbung des

---

ihnen entwickelt. Gans, II, 187: „Dem Kampf der Testamentserbschaft und des Legates geht daher dasjenige Moment voran, worin beide noch nicht unterschieden sind, d. h. sich noch nicht feindlich gegenüberstehen ... Testamentserbschaft und Legat sind nach dem Ausspruch der zwölf Tafeln, uti legassit, noch ganz ineinander und gegeneinander gehalten von völlig gleicher Bedeutung." Dieser Irrtum ist der absolute, denn der begriffliche wie juristische Gegensatz von heres und Legatar (Willensfortsetzer und Vermögensnehmer) ist seit den ältesten Zeiten des römischen Rechtes der diametrale gewesen, und wenn er auch nie ganz aufhörte, so lange römisches Recht existierte, so war er am stärksten doch gerade in der Zeit des ältesten römischen Rechtes, und gerade die geschichtliche Fortbewegung desselben bringt vielmehr (wie dies die sehr natürliche Folge der um sich greifenden Anschauung war, daß der Erbe mit Vermögen erfüllt sein müsse) hervor, daß sich Erbe und Legatar mählich einander annähern und ihr Gegensatz sich abschwächt, wie sich dies bei der fideikommissarischen und bei der Benefiziarerbschaft deutlich zeigt, worüber später. Dennoch ist die Notwendigkeit jenes so absoluten, unhistorischen Irrtums von Gans einleuchtend. Denn wenn man einmal von der Grundanschauung ausgeht, daß das Wesen des Erbrechtes Vermögensnachfolge sei, so kann man dann allerdings in der Zeit, wo Erbe und Legatar gleich bedacht werden können, konsequent auch keinen Unterschied zwischen beiden mehr sehen.

Erben, dort durch Zerteilung des Vermögens unter viele Legatare, hier durch ähnliche Häufung von Legataren, verbunden mit den auf den Erben fallenden Lasten der Erbschaft, möglich bleibe, und als ob erst die Praxis hierüber habe belehren müssen.

Die Ansicht von einer solchen Redaktionsungeschicklichkeit, vermöge welcher die Gesetze nicht erreichen, was sie selbst erreichen wollen — eine Ansicht, seltsam genug, zumal bei einem solchen Volk von Gesetzeskünstlern wie die Römer — wird doch aber schon zur radikalsten Unmöglichkeit, wenn man nur einen Blick auf das chronologische Verhältnis dieser Gesetze zueinander wirft. Das Datum der lex Furia steht nicht ganz fest. Sie wird aber in der Regel auf das Jahr 571 nach Erbauung Roms gesetzt, und jedenfalls muß sie vor der lex Voconia ergangen sein. Aber von der lex Voconia steht fest, daß sie im Jahre 585, und von der lex Falcidia, daß sie im Jahre 714 p. u. c. ergangen ist[1]). Zwischen der lex Furia und der Voconia verfließen also ganze vierzehn Jahre, ohne daß den Römern die Redaktionsungeschicklichkeit, respektive Mangelhaftigkeit des Gesetzes zum Bewußtsein kommt, und von der lex Voconia, von der Gans (a. a. O., S. 192) sagt, daß ihre „Einseitigkeit... sogleich sichtbar wird", dauert es sogar hundertunddreißig Jahre, bis diese Einseitigkeit den, wie es scheint, sehr schwer begreifenden Römern deutlich und durch die lex Falcidia verbessert wird!

Wer wird bestreiten wollen, daß hier ein ganz anderes vorliegen muß, daß diese einen fast hundertundfünfzigjährigen Zeitraum umfassenden drei Gesetze nur zu begreifen sind als ein sich in denselben vollziehender schwerer

[1]) Dio Cassius, XLVIII, 33; LVI, 10, und Eusebius, Chronic. a. 1970.

und hartnäckiger Kampf, den der römische Geist mit seinen innersten Anschauungen kämpft, als ein furchtbares Ringen desselben mit seiner eigensten Substanz; als ein Kampf, gekämpft, nicht, wie man glaubt, zwischen Erben und Legatar — denn der Legatar hat weder Erben noch Erblasser gegenüber die gleichberechtigte, selbständige Stellung, einen Kampf mit ihnen eingehen zu können —, sondern ein Kampf, gekämpft im tiefsten Wesen des römischen Erbbegriffes selbst, somit ein Kampf, gekämpft lediglich und allein zwischen — Erben und Erblasser!

Sprechen wir es zunächst mit einem Worte aus, was hier schon vollständig durchsichtig sein muß; diese drei Gesetze stellen nichts anderes dar als die schrittweise Ausgleichung des selbständigen römischen Erbbegriffes mit der Vermögenshinterlassenschaft; nichts anderes als die schrittweise Erweichung und Abarbeitung jenes starren idealistischen Erbtums und dessen ebenso hartnäckigen, nur Schritt für Schritt weichenden Widerstand; nichts anderes als somit, was hiermit identisch ist, die allmähliche Abreibung des zivilistischen Momentes innerhalb des zivilen Erbrechtes selbst — eine Bewegung, auf die sich, wie wir später sehen werden, die gesamte Geschichte des römischen Erbrechtes zurückführt —; nichts anderes endlich als den allmählichen und endlichen Durchbruch der Anschauung: der Erbe muß mit Vermögen erfüllt, das Erbtum von realer Vermögenszuwendung begleitet sein. Es ist innerlich nur dieselbe Anschauung, die wir als den Grundsatz sacra cum pecunia bereits als einen Wendepunkt im Pontifikalrecht haben entstehen sehen, welche endlich auch im Zivilrecht ihren entscheidenden Sieg mit der lex Falcidia feiert. Es ist dieselbe Anschauung, denn wenn das Vermögen an und

für sich die nur dem Erbcharakter entfließende Verpflichtung zu den sacris übertragen soll, so ist eben die prinzipielle Verknüpfung beider gesetzt (wie Cicero auch sagt sacra conjuncta cum pecunia), und es ist dann also nur die umgekehrte, aber auf dasselbe Prinzip sich zurückführende Folge, daß auch das Erbtum, dessen religiöser Ausdruck die sacra sind, mit Anteil am realen Vermögen verknüpft sein muß.

Aber diese Anschauung, daß der Erbe mit Vermögen erfüllt, notwendiger realer Vermögensnehmer sein müsse — wie ist sie denn entstanden? Wie konnte sie nur plötzlich in dem starren idealistischen Geiste des zivilistischen Erbtums, dessen striktes dialektisches Gegenteil sie ist, entstehen? Nichts wäre erklärt, solange dies nicht erklärt wäre.

Denn wenn diese Anschauung ein so entschiedenes inneres Gegenteil des echten römischen Erbbegriffes ist, wie aus unserer Darstellung folgt, so konnte sie doch nicht auf einmal in den römischen Geist bloß hineinschneien, und alles bliebe daher unbegreiflich, wenn nicht die innere dialektische Notwendigkeit aufzuweisen wäre, vermöge welcher sich der starre römische Erbbegriff der idealistischen Willensfortsetzung endlich zur Auffassung des Erben als eines notwendigen Vermögenserwerbes treiben muß.

In der Tat aber ist dieser innere Übergang schon in dem enthalten, was wir am Ende der vorigen Nummer (S. 100fg.) nachgewiesen haben.

Der enterbte Erbe, zeigten wir dort, d. h. der realiter nichts empfangende Erbe ist der höchste Triumph des Erblassers. Denn in ihm hat er die entscheidende Gewähr, daß es sein Wille, und nicht das eigene Interesse und also der eigene Wille des Erben ist, der

in diesem fortexistiert. Im enterbten Erben feiert daher der erblasserische Egoismus die seligste Gewißheit seiner Fortexistenz. Aber in dieser triumphierenden Stellung des Erblassers, sagten wir daselbst, ist auch schon das Moment der Reibung gegeben, welches dies starre idealistische Erbtum zur Fortbewegung zwingen und in Fluß bringen muß.

Denn durch diesen höchsten Willensegoismus des Erblassers, durch welchen er die Willenssubjektivität des Erben in der Tat vernichtet und unterwirft und zum leeren selbstlosen Gehäuse der seinigen macht, fordert derselbe dadurch auch den Willensegoismus des Erben zum Widerstand heraus. Der Egoismus des Erben, der seine eigene Willenssubjektivität nicht vernichten lassen will, und der Widerstand, den er leistet, bildet das immanente Moment der Reibung der beiden Willen, die sich als identische setzen sollen. Und diese Reibung ist es, die dieses Erbtum zur Fortbewegung treiben muß. Es ist also ein Kampf zwischen Erben und Erblasser, der sich erhebt, und in diesem Kampfe, in welchem der Erbe dem Erblasser gegenüber zunächst ganz wehrlos erscheinen könnte, hat er vielmehr das ebenso einfache wie entscheidende Mittel, daß er nicht will, d. h. ausschlägt.

Der subjektive Wille des Erblassers kann also die von ihm gewollte Willensfortexistenz nur finden, wenn er sich auf den subjektiven Willen des Erben einläßt und ihn zu befriedigen weiß. Er muß mit dem Erben transigieren, um diesen anderen Willen zum Dasein seines Willens zu machen. Er muß sich also mit dem persönlichen Interesse und dem eigenen Willensegoismus des Erben durch irgendeinen Anteil an der realen Hinterlassenschaft abfinden, wenn er sich

in dieser anderen Willenssubjektivität Fortexistenz geben will. Der endliche, durch seine fortgesetzte Weigerung herbeigeführte Sieg des Erben in diesem langen Kampfe, oder, was das Resultat dieses Sieges ist, der Triumph der Anschauung, daß der Erbe notwendig Vermögen erhalten müsse, vollbringt sich erst durch die lex Falcidia.

Aber diese Umwälzung im Erbtum ist eine viel zu tiefe und totale, um sich auf einen Schlag, um sich ohne langen Kampf und den zähesten Widerstand der Substanz des römischen Volksgeistes erreichen zu lassen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß es bis zum Jahre der Stadt 571 dauert, ehe die lex Furia ergeht. Bis zu einem gewissen, dieser lex vorhergehenden Zeitraum muß also der Übelstand, daß die meisten ausschlagen und also massenhafte Hinfälligkeit von Testamenten eintritt, noch nicht fühlbar gewesen sein, da sonst die Abhilfe der lex Furia früher eingetreten wäre.

Was bewog aber bis dahin, und also jedenfalls einen so äußerst langen Zeitraum hindurch die testamentarischen Erben, mindestens in ihrer großen Mehrzahl, die hereditas zu übernehmen, wenn sie auch keinen Vermögensvorteil davon hatten, und trotz der Belästigungen, in welche sie sogar durch die onera der Erbschaft geraten konnten?

Hier könnte vielleicht versucht werden, eine Antwort durch eine näher eingehende Untersuchung auf gewisse frühere Testamentsformen abzuleiten. Aber die wahre und wesentliche Antwort bleibt jedenfalls die: In der Zeit des noch gediegenen Volksgeistes kann diese Auflehnung des persönlichen Interesses im Erben nicht um sich greifen, weil das Erbtum eben die bindendste und heiligste Substanz dieses Volksgeistes, sein religiöser und geistiger Zentralpunkt, seine spezifisch-römischste

Ader, seine welthistorische Bedeutung, das innerste Herzensgeheimnis ist, in welches dieser Volksgeist vertieft ist.

Die subjektive Willensunsterblichkeit, die Fortexistenz der Willenssubjektivität nach dem Tode, ist der spezifische welthistorische Inhalt dieses Geistes, ist somit sein eigenstes religiöses wie öffentliches Interesse, und jeder, der mit ihm vom Becher derselben Substanz getrunken hat, ordnet in religiöser Scheu sein persönliches Interesse dem Willen des Toten, diesem metaphysisch-politischen Interesse des Volksgeistes, unter. Wenn wir später (Nr. X und XV) näher belegen werden, welche Kultusfeier seines eigenen Wesens das Testament für den römischen Volksgeist darstellt, welches Interesse des öffentlichen Geistes jeder einzelne Testator in sich konzentriert, wird diese Unterordnung zur Zeit der in den Individuen noch unaufgelockerten gediegenen Herrschaft des Volksgeistes vollends nicht im geringsten wundernehmen können. Nur solchen würde diese Erklärung vielleicht schwach und unbewiesen erscheinen können, welche sich niemals aus ihren subjektiven rationalistischen Anschauungen heraus in das Wesen eines Volksgeistes versenkt, niemals einen Begriff erlangt haben von dem stummen Zwange, welcher in jeder klassischen Zeit aus der geistigen Einheit desselben für alle Individuen dieses Volkes quillt, sie als ihr wahrhaftes Band zusammenbindet und weit intensiver als Gesetz und Rechtsvorschrift in den Zeiten auflockernden Subjektivismus ihr Handeln bestimmt.

Aber selbst für solche ist der unwiderlegliche Beweis des Gesagten zur Stelle. Dieser mit Händen greifbare Beweis ist nichts anderes als — die Sitte der Fiduziarerbschaft, durch deren bloße Erwähnung in diesem Zusammenhange schon klar sein muß, wie sie nichts als die

letzte analoge Nachbildung jenes enterbten zivilistischen Willenserben darstellt, worüber später (Nr. X). Allein abgesehen einstweilen von allem näheren Eingehen — soviel steht jedenfalls fest, daß der Fiduziarerbe gleichfalls nicht das geringste reale Emolument aus dem Vermögen empfängt oder zu empfangen braucht, ja, daß auch ihn die Lasten der Erbschaft treffen. Was zwingt denn nun den Fiduziarerben, die Erbschaft, von der er nichts behalten soll, anzutreten? Was zwingt ihn, sie, deren Restitution erst mit dem Verfall der Republik, unter Augustus, erzwingbar wird, herauszugeben?

Und dennoch, was steht mehr historisch fest, als die Treue und Unterwerfung unter den Willen des Toten, mit welcher diese Fiduziarerbschaften angetreten und ausgeantwortet werden? Eine Treue und Unterwerfung, ohne deren regelmäßiges Eintreten, so daß man mit Sicherheit darauf zählen konnte, ein solcher Gebrauch gar nicht hätte um sich greifen, ein solches Institut gar nicht hätte zur Existenz gelangen können; eine Treue und Unterwerfung, von deren traditioneller Regelmäßigkeit gerade das Zetergeschrei, das die Römer noch in so später Zeit wie der des Cicero erheben, wenn jetzt die Ausnahme der Nichtausantwortung der Erbschaft einzutreten und jetzt allerdings um sich zu greifen beginnt, den besten Beweis liefert!

Es ist also das erste sehr bemerkenswerte Moment, daß es bis zum Jahre 571 dauert, ehe das Umsichgreifen der Testamentsrepudiationen wegen des verletzten Interesses des Erben fühlbar und eine Abhilfe zum Bedürfnis wird. Und daß ein so langer Zeitraum bis dahin — mindestens müßte derselbe doch von der Zwölftafelgesetzgebung an, also immerhin über ein Vierteljahrtausend umfassend, gerechnet werden — verfließen konnte, ist kein geringer

Beweis von jener innersten untrennbaren Gediegenheit, mit welcher dieser transszendente Begriff der durch das Erbtum zu realisierenden Willensunsterblichkeit die Substanz des römischen Volksgeistes durchdringt.

Als aber die substantielle Gediegenheit des Volksgeistes sich überhaupt aufzulockern beginnt, und der Egoismus und Subjektivismus der Individuen um sich zu greifen anfängt, da kann und muß auch der Egoismus des Erben anfangen, sich gegen den Erblasser geltend zu machen. Der Erbe, der seinen persönlichen Vorteil nicht gewahrt findet, setzt seinen Egoismus dem durch die gesamte metaphysisch-religiöse Grundlage des Volksgeistes verklärten und daher nicht als Egoismus, sondern als Substanz erscheinenden Egoismus des Erblassers entgegen, und weigert sich, ihm auf solche Bedingungen hin Willensfortsetzer zu sein. Die Ausschlagungen werden massenhaft, und die Notwendigkeit einer Abhilfe tritt ein. Die chronologischen Data sind sehr bezeichnend. Es ist die letzte Periode der Republik, die Periode des bereits beginnenden Verderbens, in welcher die lex Furia erlassen wird und also der erste Versuch einer Abhilfe erforderlich wird.

Daß eine Abhilfe erforderlich wird, daß massenhaftes Ausschlagen der Testamentserben eine Kalamität für den Volksgeist darstellen muß, obgleich ja jetzt die Intestaterben darankommen, und also nach wie vor ziviles Erbtum eintritt, — dies wird sich durch unsere spätere Erörterung des Verhältnisses der Intestaterbschaft zur Testamentserbschaft klar ergeben. Denn es wird sich daselbst zeigen, daß die Intestaterbschaft für den römischen Geist nur ein subsidiäres Surrogat, durchaus kein Äquivalent mit der testamentarischen Erbschaft darstellt, und das massenhafte Ein-

treten der Intestaterbschaft daher durchaus nicht jene Kalamität zu beseitigen vermag[1]). Ebenso ist schon nach dem Bisherigen klar, daß es das ganze Volk ist, welches, also durch ein Gesetz, zur Beseitigung dieses Konfliktes intervenieren muß, dessen Abmachung vom römischen Standpunkt aus durchaus nicht dem einzelnen Erblasser und seinem Erben überlassen werden kann. Denn es ist nicht bloß das Los des einzelnen Erblassers, sondern eben die Substanz des ganzen Volkes, das höchste metaphysische Daseinsinteresse des öffentlichen Geistes, welches bei der Gefahr des Unterganges des testamentarischen Erbtums auf dem Spiele steht[2]).

Aber noch herrscht jener starre idealistische Erbbegriff mit zu großer Gewalt im römischen Geiste vor, um einen direkten Angriff auf seine Substanz zu unternehmen, den Willenserhalter für einen notwendigen Vermögensnehmer zu erklären, dem Erblasser diese höchste triumphatorische Selbstgewißheit seiner Willensfortexistenz, die in dem enterbten Erben liegt, zu verbieten, seine Willenssubjektivität, die vom Erben ja nur erhalten werden soll, vielmehr durch jene des Erben beugen und zwingen zu lassen — das sind Dinge, die viel zu sehr gegen den innersten Begriff dies Erbtums angehen, um dieselben bereits zu dieser Zeit und ohne ein langes Ringen des römischen Geistes mit sich selbst wagen

---

[1]) Wohl aber zeigt sich schon von hier aus, wie irrig die Ansichten der Autoren über das Verhältnis des Intestatrechtes zum testamentarischen als des Prinzipalen, Vorausgehenden, oder auch als des Gleichberechtigten und Substantielleren sind.

[2]) Bereits muß schon lange von selbst ein helles Licht darauf gefallen sein, inwiefern das Testament bei den Römern juris publici sein muß; siehe Nr. X und XV.

zu können. Am klarsten wird dies in folgender Wendung: in die Beziehung einzugreifen, welche sich die Willenssubjektivität des Erblassers zu der des Erben gibt, ist überhaupt unmöglich, denn jene Beziehung ist ja nur eine Beziehung der erblasserischen Willenssubjektivität zu sich selbst, zu ihrem eigenen Dasein und Insichsein; denn der Erbe ist ja der Erblasser[1]).

In seiner Willensbeziehung zum Legatar dagegen bezieht sich der Erblasser auf einen anderen. Der Beziehung des einen subjektiven Willens auf einen anderen

[1]) Dem widerspricht es keineswegs, wenn z. B. ein anderes Kapitel der lex Voconia verbietet, daß Weiber von Bürgern, die auf 100 000 Aß in den Zensusrollen eingetragen sind, zu Erben gemacht werden können (Gajus, II, 274); denn dies war eine Erbunfähigkeit der Weiber, wenn auch nur eine Erbunfähigkeit in bezug auf Bürger einer gewissen Klasse, aber immerhin im Prinzip eine Erbunfähigkeit wie jede andere. Ein ganz anderes, als Personen des Erbtums unfähig erklären, ist dies: der Willensbeziehung des Erblassers zum Erben, d. h. zu dem, der wirklich sein Erbe wird und ist, Gesetze vorschreiben. Dort kommt es gar nicht zum Erbtum und also zur Willensidentifikation. Hier aber, wenn und indem es zu derselben kommt, den Inhalt der Willensbeziehung zum Erben vorschreiben zu wollen, würde heißen in das Verhältnis dieser Willenssubjektivität zu sich selbst eingreifen. Gerade durch ihre Bestimmung hinsichtlich der Weiber läßt die lex Voconia diesen Unterschied sehr deutlich hervortreten. Sie hindert nicht und will nicht hindern, daß Weiber von Bürgern, die zu 100 000 Aß und mehr eingeschrieben sind, die Hälfte ihres Vermögens erben. Aber sie gestattet dies nicht in der Form, daß sie solchen Bürgern erlaubt, Weiber zur Hälfte zu Erben einzusetzen, sondern sie entzieht den letzteren die Erbfähigkeit für solche Erbschaften gänzlich — diese einmal zugelassen, wäre die quantitative Beschränkung damals noch unmöglich gewesen —, gestattet ihnen aber den Erwerb der Vermögenshälfte durch Legat.

könne ohne Anstoß — dies ist ja vielmehr die Bestimmung der Gesetze überhaupt — Gesetze vorgeschrieben werden, und ebensogut also, wie dem einzelnen Willensakt des Lebendigen, können auch dem *einzelnen Willensakt* des Testators, d.i. dem *Legat*, inhaltliche Vorschriften auferlegt werden.

Der Erbe schleppt also den Legatar auf den Kampfplatz. Und zwar ist es der eigene und wahre Begriff des Legatars, den er gegen diesen ins Treffen schickt. Ich bin, sagt der Erbe, Willensperpetuierer des Toten, gleichviel ob ich von dem Vermögen der Hinterlassenschaft etwas erwerbe oder nicht, und habe daher allerdings keinen notwendigen Anspruch auf das Vermögen. Aber dann muß auch der Legatar seinerseits seinem Begriffe treu bleiben. Der Begriff des Legatars aber (s. Nr. XIV) besteht darin, daß er im Gegensatz zu mir, der ich Willenserbe, Träger der ganzen Willenssubjektivität des Erblassers bin, nur reale *Vermögensstücke* von diesem empfangen kann. So soll er sich denn auch, seinem Begriffe gemäß, auf solches Stückwerk beschränken, *kein einzelner Legatar* aber das Vermögen in einem solchen Zusammenhang übernehmen, daß durch diesen Zusammenhang auf *ihn allein* der Widerschein und Reflex der früheren Willensherrschaft fallen kann.

Und so wird denn durch die lex Furia dem Erblasser zwar immer noch gestattet, das Vermögen durch Verteilung an Legatare zu erschöpfen, aber jedem *einzelnen* Legatar verboten, mehr als ein geringfügiges Stück, die unbedeutende Summe von tausend Aß zu nehmen. Und auch das ist bemerkenswert, daß sich selbst dieses Verbot der Form nach nicht gegen den Erblasser richtet, sondern, ebenso wie noch später durch die lex Voconia, dem Erblasser noch völlige Freiheit gelassen und nur dem

Legatar das Nehmen — bei Strafe des Vierfachen — verboten wird.

Nichtsdestoweniger wäre es ein großer Irrtum, mit Gans und anderen zu glauben, daß die in der lex Furia bis zur lex Falcidia stattfindende Bewegung ein gegen den Legatar gerichteter Kampf des Erben ist. Der Legatar ist nur der Prügeljunge, auf dessen Rücken der Erbe seinen Kampf mit dem Erblasser schlägt. Ganz entscheidend zeigt sich dies ja in der Aufeinanderfolge dieser Gesetze, dadurch nämlich, daß durch die beiden späteren die Lage des Legatars wieder auf das allererheblichste verbessert wird. Ausgegangen wird von dem Zwölftafelrecht, nach welchem die Lage des Legatars die günstigste ist. Plötzlich wird sie die ungünstigste durch die lex Furia, die ihn auf die Kleinigkeit eines festen Stückes von tausend Aß einschränkt. Durch die lex Voconia wird sie schon auf das erheblichste gebessert, indem der Legatar nun die volle Hälfte des Vermögens, also unendlich mehr als tausend Aß, erhalten kann. Noch viel günstiger wird sie schließlich durch die lex Falcidia, nach welcher er sogar drei Viertel des Vermögens, also mehr als der Erbe selbst erhalten kann. Als Kampf zwischen Erben und Legatar aufgefaßt, wäre also weder Sinn noch Zusammenhang in dieser Entwickelung, während alles in das klarste Licht tritt, wenn man den Sinn und die Richtung dieser Bewegung als einen gegen den Erblasser gerichteten Kampf auffaßt, in welchem der Legatar — seiner passiven Rolle gemäß — gar kein selbständiger Faktor ist, nicht derjenige, um den sich's handelt, sondern derjenige, an dem sich's handelt, der bloße Boden des Streites, der daher seine guten und bösen Chancen als ein reines Schicksal je nach den Stadien empfängt, in welche jener Kampf zwischen Erben

und Erblasser tritt. Als der Erbe ertrotzt hat, was er vom Erblasser ertrotzen will, hat er nichts dagegen, daß der Legatar sich so breit mache wie er wolle, und weit mehr bekomme als er.

Aber Gajus sagte uns bereits, daß die lex Furia „nicht erreichte, was sie wollte", weil nun jeder Erblasser sein Vermögen durch Vermächtnisse an lauter einzelne Legatare von je tausend Aß erschöpfen kann, und daß deshalb nun die lex Voconia erlassen wird.

Wie naiv auch in theoretischer Hinsicht die Wendung des Gajus: haec lex non perfecit quod voluit, sein mag, an dem tatsächlichen Kern seiner Nachricht läßt sich natürlich nicht im geringsten zweifeln. Die Ausschlagungen der Testamentserben müssen also immer fortgedauert haben; denn sonst ließe sich gar nicht sagen, daß die lex Furia ihren Zweck nicht erreicht habe, und es war gar kein praktischer Anlaß zu dem Erlaß der lex Voconia vorhanden. Die bloße formelle Möglichkeit, welche die lex Furia dem Testator übrig ließ, konnte hierzu nicht treiben, wenn die Erblasser nicht auch praktisch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätten, und hierdurch also auch der frühere Übelstand der Ausschlagung praktisch fortgedauert hätte.

Es ist also durch den Bericht des Gajus selbst konstatiert — und dies ist auch sein unmittelbarer Wortsinn —, daß die Erblasser auch realiter von jener formellen Möglichkeit, die ihnen die lex Furia noch übrig läßt, Gebrauch machen. Sie zersplittern also lieber ihr ganzes Vermögen in einzelne Legate à je tausend Aß, um nur dem Erben nichts zukommen zu lassen! So zäh saß in der Volkssubstanz jene alte Anschauung des Erben als des rein idealistischen Willenserhalters, jener metaphysische Kitzel

der nicht durch das eigene Interesse und den eigenen Willensegoismus des Erben verdunkelten Willensfortexistenz des Erblassers! Es erhellt von selbst, wie sich diesen Tatsachen des gajanischen Berichtes ohne unsere gesamten vorhergehenden Ausführungen über den Begriff des römischen Erbtums auch nicht der geringste Sinn abgewinnen läßt. Denn wie sollte sonst — eine Frage, die man freilich sich auch nur aufzuwerfen sorglich vermieden hat — dieser sonderbare Haß des Erblassers gegen den Erben, der jenen, um diesen nackt zu stellen, sogar vor dieser Vermögenszersplitterung nicht zurückweichen läßt, auch nur irgend begreiflich sein? Aber es zeigt sich hier eben nur wieder ganz klar, wie das Erbrecht für den Erblasser ganz wo anders seinen Begriff und sein Interesse hat als im Vermögen und der Vermögenssphäre.

Das Moment der Reibung zwischen den beiden Willenssubjektivitäten, welche das Institut des Erbtums als identische setzen soll, dauert also immer noch fort.

Der Erblasser fährt fort zu enterben, der Erbe fährt fort auszuschlagen.

Der Erbe daher, um den Erblasser zu treffen, schlägt wieder auf den Rücken des Legatars, den selbstlosen Boden dieses Kampfes. Und was er diesmal vorbringt, ist wieder wie das vorige Mal eine ebenso strenge dialektische Folgerung des Legatsbegriffes, als es zugleich die strenge dialektische Konsequenz des in der lex Furia an sich schon Enthaltenen ist.

In der Tat, was hatte der Erbe gegen den Legatar in der lex Furia geltend gemacht? Er hatte gegen ihn (s. oben S. 118) den Begriff des Legates geltend gemacht, welcher im Gegensatze zum Erbbegriff das Empfangen eines realen Vermögensstückes ist und

den Legatar hierdurch auf das bestimmte Stück beschränkt. An sich ist also in der lex Furia bereits der Legatsbegriff zum Erbbegriff in Verhältnis gebracht und durch die Gegensätzlichkeit dieses Begriffsverhältnisses die Beschränkung des Legatars hervorgebracht. Die lex Furia ist nur das Produkt der Beziehung, die zwischen Erb- und Legatsbegriff stattfindet. In der lex Furia ist also das Verhältnis beider Begriffe zueinander, das Verhältnis des Legatars im Gegensatz zum Erbtum, bereits als die innere Grundlage des Gesetzes, obwohl es vom Erben schweigt, schon vorhanden. Was so in der lex Furia schon an sich vorhanden ist, wird in der lex Voconia nur ausgesprochen, und deshalb kann es auch bei dieser inneren Identität beider Gesetze schon in dem kurzen Zeitraum von vierzehn Jahren zu dieser Umänderung kommen.

Der Erbe gesteht also noch immer in thesi zu, daß er an sich selbst gar keinen Anspruch darauf habe, Vermögen vom Erblasser qua Erbe zu empfangen. Aber, sagt er, das ist nicht zu dulden, daß ein einzelner Legatar, dessen Begriff doch nur das einzelne Stück ist, für sich selbst genommen, einen größeren Zusammenhang[1]) in der Vermögenshinterlassenschaft des Toten darstelle, als ich, der ich der Fortsetzer seiner allgemeinen Willensherrschaft bin. Hierdurch vergreift er

[1]) Man erinnere sich des oben (Nr. III) über die major pars in der älteren Sacraltheorie Gesagten, und der organische Zusammenhang der Anschauungen in beiden wird klar sein. Dort war es die absolute major pars des Vermögens, die den Legatar zu einem Analogon des Zivilerben machen und daher die sacra auferlegen soll. Hier ist es die major pars, die der einzelne Legatar dem Erbtum gegenüber darstellt, wodurch er in das letztere unzulässig eingreifen soll.

sich an meinem Begriff. — Der Erbe will also dem Erblasser nach wie vor freistellen, ihm nichts zukommen zu lassen, vorausgesetzt, daß er ein Mittel findet, den Legataren auch nichts zu geben. Diese Freistellung ist konsequent. Denn der Erbe behauptet nicht, daß er absolut, er behauptet nur, daß er relativ, dem Legatar gegenüber, zu Vermögen berechtigt sei. Und man sehe ferner, mit welcher Konsequenz es nur der Begriff des Erbtums ist, dessen Verhältnis zum Wesen des Legatars der Erbe hier ins Feld schickt. Daß er, als einzelner Erbe, etwas haben müsse, oder soviel haben müsse wie der Legatar, behauptet der Erbe selbst nicht; nur alle Erben zusammengenommen (oder respektive der alleinige Erbe) müssen ebensoviel realen Vermögenszusammenhang hinter sich haben, wie jeder einzelne Legatar, damit nicht der Begriff des Erbtums vom Legatar überwunden zu sein scheine. Sind also viele Erben eingesetzt, so kann jeder einzelne Erbe viel weniger erhalten, als jeder einzelne Legatar. Der Erbe vergleicht nicht sich, den einzelnen Erben, mit dem einzelnen Legatar, sondern nur das gesamte Dasein des Erbtumsbegriffes, und sich also, insofern er ausschließend dies Dasein ist, vergleicht er mit dem Legatar[1]). Umgekehrt vergleicht er auch nicht den gesamten Erbtumsbegriff mit dem Begriff des Legaten-

[1]) Es ist einfach ein faktischer Irrtum von Gans, wenn er von der lex Voconia so spricht, als wehre sie, dem einzelnen Legatar mehr zu geben, als jedem einzelnen Erben, wenn mehrere sind. Die Berichte der Quellen widersprechen dem ganz positiv, und Gans, der hierin auch ganz isoliert steht, ist wohl nur durch ein Übersehen zu diesem Irrtum gekommen, den er, ohne auch nur eine Begründung zu versuchen, wie etwas Selbstverständliches voraussetzt.

tums überhaupt. Dies würde ihm nichts nützen, und hier würde er schlecht fortkommen! Denn da der Begriff des Erbinstitutes die Willensfortsetzung, worin nichts vom Vermögen enthalten, der Begriff des Legateninstitutes aber eben gerade die Vermögensvergabung (s. Nr. XIV) ist, so ist es bei einem Vergleich beider Institute gerade durch den Begriff derselben gegeben, daß das Erbtum dem Legatentum im Vermögensgebiet keine Konkurrenz machen kann; sondern den Begriff des Erbtums überhaupt vergleicht er mit dem Begriffe des einzelnen lebendigen Legatars (statt mit dem des Legates überhaupt), um darzutun, daß dieser einzelne Legatar nicht das Dasein des Erbbegriffes überhaupt, das gesamte Erbtum, an Zusammenhang im Vermögen übertreffen könne. Das also wird durch die lex Voconia keineswegs geändert, sondern durch den Erben selbst anerkannt, daß in einem Testamente durch Legate überhaupt ein weit größerer Vermögensteil vergabt sein kann, als nicht nur dem einzelnen Erben, sondern auch allen Erben zusammengenommen, also dem Erbtum selbst, verbleibt, wenn nur die Einteilung so getroffen ist, daß kein einzelner Legatar für sich allein einen größeren Zusammenhang im Vermögen darstellt, als alle Erben zusammen.

Für den Legatar ist dieser neue Schlag, den auf seinem Rücken der Erbe dem Erblasser gibt, an sich ein höchst wohltuender. Er kann jetzt ganz unverhältnismäßig mehr als nach der lex Furia bekommen. Als Maximum kann er sogar die volle Hälfte des ganzen Vermögens erhalten, nur das Mehr als die Hälfte ist ihm untersagt[1]).

---

[1]) Man vgl. wieder über die major pars in der älteren Sacraltheorie oben sub Nr. III.

Aber nicht minder scheint dieser Schlag im Interesse des Erben ein entscheidender zu sein. Der Erblasser trifft und negiert den Erben in seinem persönlichen Interesse vermittelst des Legatars, dem er das Vermögen vergabt. Jetzt hat der Erbe aber gerade das Mittel ausfindig gemacht, sich vielmehr durch den Legatar gegen den Erblasser zu decken! Je mehr ein Legatar bekommen soll, desto mehr muß der Erbe auch bekommen. Der Erblasser schlägt auf den Erben los mit den Hammerschlägen der einzelnen Vermögensstöße, die zugunsten des Legatars Stücke vom Nachlaß, diesem sekundären Appendix der Willensherrschaft, lostrennen und ihn dadurch absorbieren. Der Erbe aber springt hinter den Rücken des Legatars und deckt sich durch dessen Brust gegen jene Schläge. Will der Erblasser ihn treffen, so ist er durch diesen dialektischen Sprung in die sich selbst widersprechende Notwendigkeit versetzt, zuvor den Legatar zu treffen, zu dessen Gunsten gerade der Schlag ausfallen sollte.

Und jedenfalls scheint jetzt als notwendiges praktisches Resultat die Folge erreicht, daß der Erbe doch immer irgend etwas vom Vermögen haben müsse. Als bloß praktisches Resultat und Folge, sagen wir, noch nicht als begriffliche Forderung. Denn die prinzipielle These, daß er irgend etwas vom Vermögen bekommen müsse, hat — wie durchaus festgehalten werden muß, und wovon wir sofort die theoretisch und praktisch gleichwichtigen Folgen sehen werden — der Erbe ja noch nicht aufzustellen gewagt; sondern nur relativ, dem Legatar gegenüber, behauptet er, daß dieser nicht mehr haben könne als alle Erben zusammen. Da aber der Erblasser doch kein anderes Mittel hat, dem Erben das Vermögen zu entziehen, als diese Verfügungen

von Todes wegen, so scheint jetzt mindestens als praktisches Resultat ganz unvermeidlich geworden zu sein, daß der Erbe jedenfalls etwas vom Vermögen erhält. „Ex qua lege," sagt Gajus (II, 126), „plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur." „Aus welchem Gesetze die Erben überall doch mindestens irgend etwas vom Vermögen haben zu müssen schienen." Und diese bloße, für das heutige Bewußtsein gewiß sehr befremdliche Ausdrucksform hätte schon lange zu der Untersuchung anregen sollen, warum es denn für den römischen Geist eines gar so großen Zwanges bedurfte, dem Erben etwas vom Vermögen zukommen zu lassen!

Aber noch hat, wie bemerkt, der Erbe nicht die prinzipielle These aufzustellen gewagt, daß er absolut und für sich genommen Vermögen bekommen müsse. Noch ist er daher auch nicht wahrhaft durchgedrungen.

Denn ein Mittel hat der Erblasser noch in diesem erbitterten Kampfe zwischen ihm und dem Erben! Nach der lex Furia mußte er das Vermögen zerstückeln, um den Erben zu enterben. Jetzt muß er es zerstieben! Wenn der Erblasser das Vermögen zerstiebt, pulverisiert und seine Atome in alle Lüfte sprengt, wenn er, um den hinter dem Legatar versteckten Erben zu treffen, auf Erben und Legatar ohne Unterschied losschlägt, wenn, wie es im alten Liede heißt, „Keiner nichts kriegt", dann hat es der Erblasser glücklich wieder auf das Seinige gebracht! Wenn der Erblasser sich hierzu zu entschließen vermag, dann kann er wieder den Triumph genießen, den Erben nackt und bloß zu stellen. Und freilich tritt noch ein Umstand hinzu, welcher dem Erblasser diesen verzweifelten Entschluß praktisch sehr erleichtern kann. Der Erbe hat sich noch nicht zu der Behauptung zu erheben gewagt, daß er absolut, für sich

selbst genommen, haben müsse. Nur relativ, dem Legatar gegenüber, muß er haben. Aber nur relativ, nur einem anderen gegenüber, haben müssen, heißt nur formell haben müssen. Bloß für sich selbst genommen haben müssen, nur dies heißt materiell haben müssen.

Es reicht also nach der dialektischen Konsequenz des spekulativen Begriffes vollkommen hin, wenn der Erbe, respektive wenn alle Erben zusammengenommen bloß formell, bloß dem Legatar gegenüber, soviel wie dieser haben, wenn sie auch materiell nicht das geringste haben! Die Konsequenz des spekulativen Begriffes gelangt gleichfalls zu ihrem strengsten realen Ausdruck in der lex Voconia. Denn nach dieser wird nur dies vorgeschrieben, daß kein Legatar ein größeres Haben aus der Hinterlassenschaft nimmt, als alle Erben ihrerseits nehmen. Nur auf diese formelle, vergleichungsweise Gleichheit des Nehmens wird geachtet, und nur hierauf kann geachtet werden, da die lex Voconia eben überhaupt nur eine Vergleichung von Erben und Legatar, und nicht einen Anspruch des Erben auf ein absolutes Haben darstellt. Es wird daher bei der lex Voconia ganz davon abstrahiert, daß der Legatar, was er nimmt, rein nimmt, während dem Erben infolge seines Begriffes alle Lasten und Schulden der Erbschaft zufallen. Wenn also auch der oder die Erben formell ebensoviel nehmen, als der größte Legatar, so können die Erben dennoch durch die Erbschaftsschulden so gestellt sein, daß sie materiell und für sich genommen viel weniger, ein Minimum, nichts oder noch weniger als nichts, ein Schuldendefizit haben.

Sind also die Schulden der Erbschaft bedeutend, so ist es dadurch dem Erblasser praktisch erheblich erleichtert, einem der Legatare eine erhebliche Summe zuzu-

wenden und die Erben dennoch materiell trocken zu legen.

Und wirklich entschließt sich — der Bericht des Gajus ist da, es zu beweisen — der Erblasser sogar zu diesem äußersten Mittel, um den Erben vermögenslos zu stellen. „Sed tamen *fere vitium simile* nascebatur, nam *in multas legatariorum personas distributo patrimonio* poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere." (Gajus, a. a. O.) — „Aber dennoch entstand beinahe der gleiche Übelstand (wie bei der lex Furia) auch hier (bei der lex Voconia), denn indem er sein Vermögen auf viele Legatare zerstreute, konnte der Testator dem Erben ein solches Minimum hinterlassen, daß es für den Erben kein Nutzen mehr war, wegen dieses Gewinstes die Lasten der gesamten Erbschaft auf sich zu nehmen."

Wenn Gajus sagt, daß der gleiche Übelstand wie bei und vor der lex Furia wieder entstand, so sagt er hierdurch natürlich, daß er praktisch entstand, d. h. daß der Erblasser auch *realiter* von dieser Möglichkeit Gebrauch machte und der Erbe deshalb auch *realiter* wieder ausschlug. Denn sonst entstand der Übelstand ja eben gar nicht. Die bloß formelle, nicht praktisch fühlbar werdende Möglichkeit bildete keinen solchen und konnte nicht zum Anlaß werden, daß deshalb (lata est *itaque* lex Falcidia, fährt Gajus, a. a. O., nach den letzten Worten fort) ein neues Gesetz erlassen werden mußte.

Es ist also konstatiert, daß — so unbezwingbar beherrscht die Anschauung von dem Erben als dem reinen idealistischen Willensfortpflanzer den römischen Geist — der Erblasser sogar vor diesem äußersten Mittel nicht zurückschreckt.

Das Moment der Reibung dauert also immer fort. Der

Erblasser sucht die *eigene* Willenssubjektivität des Erben zu negieren, um es zur klaren Evidenz zu bringen, daß es nur die *seinige* ist, die in ihm fortlebt; der Erbe wieder seinerseits negiert die Willenssubjektivität des Erblassers, indem er deren Fortexistenz zu sein ausschlägt und die seinige behauptet. Die beiden Willenssubjektivitäten, welche die Fiktion des Erbtums als *identische* setzen soll, zeigen sich vielmehr durch die *reale Geschichte* des Institutes als das, was sie nach ihrer Naturwahrheit sind, als *andere gegeneinander, ja als einander negierende*. Und dies ist notwendig. Denn es ist ein Kampf der Fiktion des Institutes mit seiner ihr widersprechenden *realen physischen Grundlage* und ihrer Naturwahrheit. Erbe und Erblasser, das Erbtum mag noch so sehr ihre fiktive Identität proklamieren, *sind* doch nun einmal *andere* Willenssubjektivitäten, und indem sie sich so *zeigen* müssen, wie sie wirklich *sind*, müssen sie sich als andere *gegeneinander setzen*, d. h. *sich negieren*.

Ebendeshalb aber, weil dieser Widerspruch gar kein anderer als der *Widerspruch des Begriffes mit seiner eigenen Realität* ist, ist dieser Konflikt gar nicht beizulegen. Alle Auskunftsmittel, ihn zu beseitigen, ohne der Beziehung der erblasserischen Willenssubjektivität *auf sich selbst*, auf ihren alter Ego, den Erben, *Gewalt* anzutun, sind erschöpft, und immer ist der in der natürlichen Realität begründete Konflikt wieder durchgebrochen.

Ob jenem Übelstand der repudiierten Testamentserbschaften daher abgeholfen werde oder *nicht* — in beiden Fällen muß dieses Erbtum gleichmäßig unrettbar verloren sein, und es war dies an sich schon *von jenem*

Tage des Verderbens an, wo die in der stummen Einmütigkeit der Sitte sich äußernde Herrschaft des substantiellen Volksgeistes über die Individuen aufgelockert genug war, um dem Erben zu erlauben, seinen materiellen Egoismus dem metaphysisch-verklärten Egoismus des Erblassers als einen gleichberechtigten gegenüber zu setzen und deshalb die Erbschaft auszuschlagen.

Wir sagen, das Erbtum ist in beiden Fällen gleichmäßig verloren; denn wird dem Konflikt abgeholfen, so wird in die Willensbeziehung des Erblassers auf sein alter Ego, den Erben, *negierend* eingegriffen; es wird dem Erben gestattet, die Willenssubjektivität, deren *Erhalter* und einfaches *Dasein* er sein soll, vielmehr zu *beugen* und zu *negieren*.

Wird dem Übelstand aber nicht abgeholfen, so wird es dahin kommen, daß die Testamentserbschaft nur noch im Rechtskodex steht, in der Wirklichkeit des Volkslebens aber verschwindet.

So vergehen von neuem einhundertdreißig Jahre in diesem furchtbaren Ringen des Volksgeistes mit seiner eigenen Substanz, bis denn endlich mit der lex Falcidia die Anschauung ihren Triumph feiert: der *Erbe ist notwendiger Vermögensnehmer*, der *Erbe muß haben!*

Aber — und man sehe, wie bezeichnend die chronologischen Daten sind — nicht eher tritt diese entscheidende Konzession in der Substanz des Volksgeistes, dieser prinzipielle Verderb des altrömischen Erbbegriffes ein, als mit jenem entscheidenden Untergang der ursprünglicher *Substanz des römischen Volksgeistes überhaupt*, mit dem *Untergang der Republik!* Die

lex Falcidia wird unter der Herrschaft des Augustus erlassen[1]). —

Da jetzt der Erbe die direkte Anforderung aufgestellt hat, daß er qua Erbe haben, für sich selbst oder

[1]) Und erst durch die justinianeische Gesetzgebung wird die lex Falcidia insofern wieder aufgehoben, als Justinian dem Testator gestattet, durch ausdrückliche Willenserklärung im Testament dem Erben den Abzug der lex Falcidia auch zu verbieten; s. Novelle 1, Kap. 2, § 2. Wie ist dies möglich? Wird jetzt plötzlich mit dieser letzten Gestalt des römischen Rechtes zu seinem ursprünglichen zivilistischen Geiste zurückgekehrt? Natürlich durchaus nicht! Im Gegenteil! Erst im justinianeischen Recht kann und muß sich der Erblasser wieder über die lex Falcidia erheben können, weil jetzt gerade — spätere Entwicklungen bei den einzelnen Erbrechtsinstituten über die Bedeutung des justinianeischen Rechtes werden dies klarer machen — der letzte und höchste Untergang des zum bloßen Schatten gewordenen civilistischen Erbbegriffes eingetreten ist, der im römischen Recht überhaupt möglich war. Denn mit der justinianeischen Gesetzgebung ist der begriffliche Gegensatz selbst zwischen dem Erben und Legatar, dem Willensperpetuierer und dem Vermögensnehmer, abgestumpft und zusammengegangen, und der Willensfortsetzer ist jetzt auch seinem Wesen nach zum Vermögensnehmer geworden. Wenn Erbe und Legatar jetzt beide in ihrem Wesen dasselbe sind, so kann natürlich auch keiner von beiden einen notwendigen Unterschied gegen den Willen des Testators behaupten, und der Testator wirft daher auf diesem Standpunkt den Zwang der lex Falcidia wieder ab, der nur in dem begrifflichen Unterschied von Erben und Legatar wurzelt. Es zeigt sich hier also durch diese justinianeische Aufhebung der lex Falcidia ganz positiv und entscheidend, wie unrecht Gans hat (vgl. oben S. 106, Note 2), zu meinen, unter dem Zwölftafelrecht habe Erbe und Legatar gleiche Bedeutung. Damals ist vielmehr der Gegensatz der höchste, und was Gans für den Ausgangspunkt des Prozesses nimmt, ist vielmehr der letzte Endpunkt desselben! — Von der lex Falcidia kann man natürlich noch keineswegs

absolut haben müsse, so sind jetzt keine Schwierigkeiten mehr vorhanden, und es kann auch kein formelles,

---

sagen, daß sie den Begriffsunterschied zwischen Erben und Legatar, Willensfortsetzer und Vermögensnehmer, aufhebe. Im Gegenteil, sie wurzelt in demselben und ist noch seine entscheidende Betonung. Denn wenn der Erbe nur dasselbe wäre, wie der Legatar, wie käme er dazu, gegen den Willen des Testators ein bestimmtes Quantum haben zu müssen? Er würde dann eine solche Forderung so wenig aufstellen können, wie der Legatar sie aufstellen kann. Durch die lex Falcidia sagt also der Erbe bestimmt: weil ich nicht bloßer Vermögensnehmer (Legatar), sondern vielmehr Willensperpetuierer bin, muß ich, um dieses meines spezifischen und unterschiedenen Wesens willen, ein durch mein eigenes Recht bestimmtes Quantum haben. Aber freilich ist nun damit die Dialektik eingetreten, daß, indem der Erbe dadurch notwendig Vermögen nimmt, der erste Schritt auf der Bahn geschehen ist, ihn zum bloßen Vermögensnehmer, zu demselben, was der Legatar ist, bis auf den nie verschwindenden Schatten seines früheren zivilistischen Wesens werden zu lassen, weshalb wir die lex Falcidia den ersten radikalen Selbstverlust des römischen Erbbegriffes nannten. Die Mittelstadien dieses großen Prozesses, und damit der Schatten des früheren Wesens, der bei Justinian noch übrig bleibt, werden später klarer werden. Wenn Justinian in der angeführten Novelle bei Aufhebung des Zwanges der lex Falcidia sagt: „Quodsi (testator) expresse declaraverit, se nolle heredem retinere Falcidiam, necesse est, ut testatoris voluntas obtineat, et si defuncto juste, forte et pie *quaedam relinquenti obtemperare velit, lucrum* non *in accipiendo,* sed solum *in pie accipiendo ponat,* nec *talem* hereditatem *minus lucrosam* esse existimet; sin *nolit,* ipse quidem *recedat ab hujusmodi institutione,* locus autem, prout ante dicimus, fiat substitutis et coheredibus, legataris, fideicommissariis, servis, heredibus ab intestato et reliquis (für Justinian sind alle diese ein und dasselbe) secundum modum, quem antea in his rebus invenimus“ — klingen da die hervorgehobenen Worte, klingt diese Aufforderung an den Erben, nur im Gehorsam gegen den Willen

durch die Schulden wieder aufgezehrtes Haben mehr hinreichen. Das Viertel der Erbschaft, welches die lex

---

des Testators den Vorteil der Erbschaft zu sehen, nicht „im Nehmen“, und die für ihn leere Erbschaft nicht für „weniger vorteilhaft“ zu halten, nicht ganz zivilistisch? Klingen sie nicht gerade ganz im *Geist* des von uns entwickelten ältesten Erbtums gesprochen? Und in der Tat *klingt* dieser alte Erbbegriff der Willenserhaltung *durch sie hindurch*. Aber für Justinian ist das *Testament* zur bloßen *Vermögensverfügung*, der *Wille* des Testators aus einer selbständig zu erhaltenden spiritualistischen Willenssubjektivität zu einem bloßen *Willen über sein Vermögen* geworden; was aufrecht erhalten werden soll, ist die *vermögensrechtliche Willensbestimmung* des Toten, und da an diesem Vermögenswillen freilich *alle*, Erben, Legatare, Fideikommissare usw., teilhaben, so ist einer, was der andere ist, und der Legatar verdrängt den Erben, wenn er besser als dieser den vermögensrechtlichen Willen des Toten ausführen will. — Gleichwohl ist eben darum das justinianeische Recht nur zu verstehen durch den *Schatten* des altzivilistischen Erbbegriffes, der auch in ihm noch überall bestehen bleibt und die Unterschiede des Erbrechtes zugleich gliedert — und zu schattenhaft verschwindenden macht. Wird dies erst später im einzelnen ganz klar gelegt werden, so tritt dies doch auch hier schon in hinreichend deutlichen Umrissen hervor. Alles bleibt und alles ist doch wieder aufgehoben. Die lex Falcidia bleibt und bleibt *gegen* das Testament des Testators, aber der Testator kann sie auch ausschließen. Der Unterschied des Erben und des Legatars bleibt. Aber der Legatar kann auch den Platz des Erben ausfüllen. Die Schulden bleiben dem Erben. Aber er kann sie auch ausschließen, wenn er sub beneficio inventarii antritt usw. Alle alten Begriffsunterschiede sind erhalten, aber aus ihrer *ausschließenden* und darum *körperlichen* Gestalt sind sie zu *widerstandslos sich durcheinander hindurch bewegenden* und daher *schattenhaften* Phantomen herabgesetzt — und aus diesem Schattenballett, dessen Zauberwort nur in seiner Vergangenheit liegt, will man jetzt *römisches Recht* lernen!

Falcidia dem Erben als seine notwendige Vermögensbeute, die er sich von der Erbschaft abziehen kann, zubilligt, wird daher konsequent als reines Viertel aufgefaßt, d. h. als Viertel des Erbschaftsvermögens nach Abzug aller Schulden[1]). Und wenn mehrere Erben eingesetzt sind, so muß jeder, insoweit er zum Erben eingesetzt ist, d. h. also das Viertel der Erbschaftsquote, auf die er eingesetzt ist, bekommen[2]).

Wir sagen, es können keine Schwierigkeiten mehr entstehen. Fernere Verwickelungen können freilich noch genug entstehen, allein diese sind alle durch den spekulativen Gedanken, welcher der lex Falcidia zugrunde liegt, im voraus geschlichtet. Dieser spekulative Gedanke wäre aber auch noch abstrakt und unrichtig mit den Worten angegeben: der Erbe muß ein Viertel haben, respektive ein Viertel seiner Erbschaftsquote haben. Der konkrete spekulative Gedanke der lex Falcidia ist vielmehr, wie unsere ganze Entwickelung derselben gezeigt hat, genau der: daß dem Erben das Recht zustehen soll, von allem, worauf er durch den Willen des Testators zum Erben eingesetzt ist, gegen den Willen des Testators das reine Viertel zu behalten. Es ist ein Haben durch und gegen den Willen des Testators zugleich, nicht ein bloßes Haben aus der Erbschaft überhaupt, und die zivilistische Auslegung weiß diesen spekulativen Unterschied, dessen theoretische und praktische Wichtigkeit sich

---

[1]) Siehe z. B. Ulpian, Fr. XXIV, 32: „Lex Falcidia jubet, non plus quam dodrantem totius patrimonii legari, ut *omni modo* quadrans *integer* apud heredem remaneat"; vgl. Gajus, II, 227, und die Falcidia selbst bei Paulus, L. 1 pr. ad leg. Falc. (35, 2).

[2]) Inst., § 1 ad leg. Falc., II, 22. — Gajus, L. 77 ad leg. Falc. (35, 2).

sofort näher zeigen wird, scharf festzuhalten. Wie nämlich, wenn ein Erbe auf verschiedene Erbportionen eingesetzt ist, auf die eine pure, auf die andere aber sub conditione oder als heres substitutus, und nur die eine von beiden Quoten durch Legate erschöpft oder überbürdet ist? Wird die Berechnung der Falcidia in der Weise geschehen, daß beide Erbportionen zusammenaddiert werden und von der Summe die Quart abgezogen wird? Oder wird der Abzug von jeder Portion insbesondere, ohne Rücksicht auf die andere, geschehen? Der praktische Unterschied kann ein sehr großer sein. Man setze den Fall: Eine Erbschaft betrage 120 000 Taler. Titius ist auf ein Viertel, also auf 30 000 Taler pure instituiert, dann noch auf die Hälfte = 60 000 Taler, sub conditione oder als heres substitutus, wird aber auch für diese Portion durch Eintreten der Bedingung usw. Erbe. Die drei Viertel der gesamten Hinterlassenschaft, die der Testator überhaupt legieren konnte, betragen 90 000 Taler, also gerade so viel wie Titius überhaupt empfängt. Jedenfalls könnte er sich, wenn die 90 000 Taler von ihm allein legiert worden sind, die Falcidische Quart abziehen, also von den 90 000 Talern, die seine Erbportionen betragen, 22 500 Taler für sich behalten und nur 67 500 Taler den Legataren auszahlen. Man setze, der Testator habe diese 90 000 Taler, oder auch nur die erlaubten 67 500 Taler, von den Erbportionen des Titius legiert. Aber in folgender Weise. Er hat 53 500 Taler von jener ihm durch Kondition oder Substitution vererbten Hälfte, 14 000 Taler von dem unbedingten Viertel legiert. Muß Titius seine Erbportionen zusammenrechnen und dann den Betrag der Falcidischen Quart sich abziehen, so behält er nur die schon angegebenen 22 500 Taler. Kann er im Gegenteil von jeder Erbportion insbesondere die Quart

verlangen, so kommt er zu einem ganz anderen Resultat. Er zieht sich von der bedingten Hälfte = 60 000 Taler sein Viertel mit 15 000 Taler ab und gibt den mit 53 500 Taler bedachten Legataren nur 45 000 Taler.

Von dem Viertel (30 000 Taler) zahlt er die von diesem ausgeworfenen Legate von 14 000 Talern aus, die ihm hier zu keinem Abzug Anlaß geben, behält hiervon 16 000 Taler und im ganzen also 31 000 Taler. Welches wird der richtige Modus sein? Aber es kann nicht zweifelhaft sein, daß es hier nur der erste Modus ist. Denn für beide Quoten ist Titius, ob unbedingter, bedingter oder substituierter Erbe, immerhin durch den Willen des Testators Erbe, und die Falcidia spricht dem Erben nur das Recht zu: von allem, worauf einer durch den Willen des Testators als Erbe eingesetzt ist, gegen dessen Willen den realen Viertelsbetrag für sich zu behalten. Und die Rechtsquellen entscheiden daher, daß die Portionen zusammenzurechnen seien[1]). Jetzt setze man aber den Fall: Es ist zwar im übrigen ganz so testiert worden, nur daß Titius bloß für das Viertel, für die Hälfte aber Sejus eingesetzt worden sei, Titius aber auch diese Hälfte dadurch erworben habe, daß er den Sejus arrogiert habe (oder zum Erben des Sejus geworden sei). Erbe ist jetzt Titius für beide Portionen so gut wie vorhin. Käme es für die Falcidia nur auf das Haben eines reinen Viertels der zustehenden Erbschaftsquote an, so würde Titius jetzt gleichfalls nur die 22 500 Taler behalten können. Aber für jene Hälfte ist er nicht durch den Willen des Testators Erbe, sondern durch die Vermittelung der von

[1]) Julian, L. 87, § 3 ad leg. Falc. (35, 2). (Es ist der obige reale Fall, welcher bei den Worten Julians unterstellt wird.) Paulus, L. 1, § 13 Papinian, L. 11, § 5; L. 14, § 2 eod. tit.

diesem unabhängigen Arrogation. Er braucht sich also die Zusammenrechnung der Portionen nicht gefallen zu lassen, weil er nicht unmittelbar durch den Willen des Testators für beide berufen ist. Hier tritt ganz schroff und scharf heraus, daß durch die Falcidia der Erblasser vom Erben negiert werden soll. Im ersteren Fall ist der Erbe vom Erblasser doch immer nur einmal zum Erbtum berufen, wenn auch für zwei Portionen[1]). Im zweiten Fall aber ist Titius zweimal Erbe, vereinigt zwei Qualitäten in sich, durch deren jede er Erbe ist: durch die ihm vom Testator selbst übertragene Willensfortsetzung und durch die dem Sejus übertragene, dessen Arrogator oder Erbe, also dessen Willensträger er in beiden Fällen ist. Und weil er hier zweimal Erbe ist, so soll er, da ja die spekulative Bedeutung der Falcidia die ist, daß der Erbe durch sie den Erblasser negieren können soll, hier zweimal, respektive so oft er Erbe ist, für jede Portion besonders, den Erblasser negieren können. So entscheiden denn die zivilistischen Ausleger ganz richtig, daß hier die Portionen separiert zu berechnen seien[2]).

Für den Legatar ist der entscheidende Schlag, den der Erbe durch die lex Falcidia dem Erblasser versetzt, die Erlösung von der Pein, den dröhnenden Resonanzboden zu bilden, auf dem Erbe und Erblasser ihre Trampolinsprünge gegeneinander aufführen. Er kann nun wieder zu

---

[1]) Nur zwei Quantitäten sind ihm gegeben, das ideelle Verhältnis ist nur eines; siehe hierüber und über die Bedeutung der Erbschaftsquoten und der Pluralität der Erben überhaupt sub Nr. XXXII.

[2]) Paulus, L. 1, § 15 eod. tit.: „Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin *separandae* sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem"; vgl. Gajus, L. 78 u. 80; Papinian, L. 11, § 7 eod. tit.

seinem Selbstgenusse kommen, und so wenig ist die Bewegung gegen ihn gerichtet, und so wenig bestreitet der Erbe ihm, daß er als Vermögensnehmer seinem Wesen nach eine ganz andere und viel größere Beziehung auf das Vermögen habe, als seine (des Erben) eigene erzwungene Beziehung, daß jetzt ein einziger Legatar wieder dreimal so viel als alle Erben zusammen erhalten kann.

Für uns oder an sich bedeutet nun die lex Falcidia, wie das frühere bereits ergeben hat, nichts anderes, als daß die Unwahrheit der Fiktion, welche dem ganzen Erbtum von vornherein zugrunde liegt, nun auch zum Vorschein gekommen und gesetzt ist. Die Fiktion, welche die Basis des ganzen Erbtums bildet, ist ja die, daß der Erbe nur die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität sein soll. Statt dessen ist jetzt die natürliche Wahrheit der Sache zum Vorschein gekommen und gesetzt. Es ist gesetzt, daß jene Fiktion eine Fiktion ist. Es ist gesetzt, daß beide Willen vielmehr andere gegeneinander sind, daß der Wille des Erben den Willen des Erblassers beugen und zwingen kann, daß die Willenssubjektivität des Erblassers, statt im Erben nur ihren Erhalter zu haben, in ihm vielmehr nur in einen anderen, ihn negierenden Willen einer lebendigen Person untergegangen ist. Und darum konnten wir die lex Falcidia als den ersten entscheidenden Untergang des gesamten römischen Erbtums bezeichnen.

Allein dies ist noch immer erst an sich oder für uns gesetzt. Es ist noch nicht für den Römer gesetzt, und der erste Untergang ist noch weit entfernt vom letzten Untergange.

Zunächst muß hier wenigstens darauf hingedeutet werden, wie der römische Volksgeist im Tempel des Erbrechtes noch eine Kapelle zu finden weiß, in welcher er

sein Allerheiligstes auch gegen diesen ersten Untergang noch schützt. Es ist bereits im Vorstehenden einmal des fideikommissarischen Erbtums Erwähnung getan worden (S. 114), und schon muß hier die tiefe Bedeutung eines noch immer gänzlich unbeachtet gelassenen chronologischen Zusammenhanges in Lapidarschrift hervortreten. Die lex Falcidia wird unter Augustus erlassen — und gerade unter Augustus auch wird die Herausgabe fideikommissarischer Erbschaften für erzwingbar erklärt.

Was hierin gegeben ist, ist kurz folgendes. Das Fideikommiß ist die Sphäre der Freiwilligkeit und darum der Abwesenheit von dem Zwange des Zivilrechtes. Vor Augustus kann der Fiduziarerbe nicht gezwungen werden, die fideikommissarische Erbschaft herauszugeben. Welches ist denn nun aber das Wesen dieser Freiwilligkeit? Es ist, wie es schon der Name des Institutes sagt, die Treue; nicht die Treue gegen das einzelne Individuum, welche nur die sinnliche Folge ist, sondern die Religion dieser Treue, die Treue des Individuums gegen die sittliche Substanz des Volksgeistes und seine Überlieferungen. Die erste Folge hiervon ist: Wer überhaupt Erbe ist auf der Basis dieser freiwilligen Treue gegen den Volksgeist und der Heiligkeit seiner Überlieferungen — der darf und kann auch von dem neuen Zwange, der dem Erben gegen den Erblasser eingeräumt ist, keinen Gebrauch machen; er muß stehen bleiben bei dem alten, starren Erbtumsbegriff des Volksgeistes, dem idealistischen, vermögenslosen Willenserhalter. Mit anderen Worten: Der Fiduziarerbe allein, und obgleich er so gut Zivilerbe ist wie jeder andere, hat keinen Anspruch auf den Abzug der *Falcidia.* Zweite Folge: Der Fiduziarerbe aber braucht ja gar nichts abzugeben; er kann ja, wenn er will, die ganze Erbschaft für sich behalten. Wenn

also noch irgendein Asyl sein soll für die Substanz des untergehenden Volksgeistes, so muß es allerdings diese Sphäre der geheiligten Treue gegen die Tradition des Volksgeistes, aber ebendeshalb dieselbe nun auch unverletzbar und der Erblasser, der sich in dieses Asyl flüchtet, vom Erben nicht mehr zu negieren sein. Und so wird denn die Herausgabe der fideikommissarischen Erbschaft für erzwingbar erklärt! — Die durch die Dialektik des spekulativen Begriffes hervorgetriebenen Widersprüche gipfeln hier! Die fideikommissarische Sphäre soll Asyl für den Erblasser gegen den Zivilzwang der Falcidia sein, um ihrer Freiwilligkeit halber; aber um dieser Freiwilligkeit halber hört sie auf, überhaupt freiwillig zu sein, und wird in den Zivilzwang hineingerissen! Der Fiduziarerbe soll das Vermögen abgeben müssen so gut wie jeder andere testamentarische Zivilerbe; aber um abgeben zu müssen so gut wie jeder andere, muß er umgekehrt viel mehr abgeben als jeder andere! Der Erbe hat mit der lex Falcidia den Legatar losgelassen, ist über ihn hinweg dem Erblasser direkt an die Kehle gesprungen und glaubt ihm das Knie auf die Brust gesetzt zu haben. Aber in diesem vielverschlungenen dialektischen Pas de deux, welches sich bisher nur um den Legatar herumbewegte, ist, diesen jetzt auch seinerseits wegstoßend, der Erblasser nun vielmehr mit einer einzigen wirbelnden Pirouette über den Kopf des Erben hinweg hoch oben auf das ihm aus dem Himmel seines Begriffes ausgeworfene Rettungsseil fideikommissarischer Freiheit gesprungen, und hier, hoch über dem Erben, hoch erhaben nicht nur über die lex Falcidia, sondern jetzt auch über den früheren Zwang der Voconia und Furia und über allen Zwang überhaupt, schickt er dem erstaunten Erben, der ihn schon gefaßt zu haben

glaubte, ein schallendes Gelächter hinunter. Konnte er bisher den Erben nur durch die einzelnen Legate züchtigen und ihm die eigene Persönlichkeit abarbeiten, so kann er ihm jetzt sogar direkt befehlen, das gesamte Erbschaftsvermögen als solches abzugeben, und zwar mit gültigem Zivilzwang.

Der Römer kehrt sich nicht an den Verstandeswiderspruch, daß der Fiduziarerbe um seiner Treue willen schlechter fortkommen soll, als der durch den rigor juris civilis verpflichtete Erbe. Er kehrt sich auch nicht daran, daß er ihn um seiner Treue willen als einen untreuen behandelt und in Fesseln schlägt. Er sieht zunächst nur darauf, einen letzten Rettungswinkel für die bedrohte Substanz seines Geistes ausfindig gemacht zu haben, einen Rettungswinkel, in welchem sich der Erblasser, freilich nicht für immer, dem nachsetzenden Erben wird entziehen können[1]).

Noch ist also trotz der lex Falcidia auch jener erste Untergang des römischen Erbtums nicht gänzlich vollbracht. Noch einmal lodert vielmehr die energische Flamme dieses Begriffes hoch auf vor dem Erlöschen, in höherer Glut als sie seit hundertundfünfzig Jahren gestrahlt hat, in der Sphäre der dadurch mit Zwang bekleideten fideikommissarischen Freiheit, auf den Erblasser dieselbe Intensität der realen Enterbungsbefugnis ausströmend, die ihm unter dem Zwölftafelrecht zustand, ja eine noch größere jetzt, indem er den Erben jetzt auch formell enterben kann.

Auch jener erste Untergang ist also erst gänzlich vollbracht, als unter Vespasian durch das SC. Pegasianum die falcidische Quart auch auf fideikommissarische

[1]) Genaueres über die Bedeutung und historische Entwicklung des Fideikommisses siehe sub Nr. IX.

Erbschaften für anwendbar erklärt wird, und nun kein Gebiet mehr existiert, auf welchem sich der Erblasser dem Zwange des Erben entwinden kann.

Allein auch abgesehen von dem Fideikommiß, und auch wenn dieses der lex Falcidia schon unterworfen sein wird, bleibt es dabei: Noch ist die, wie wir zeigten, in der lex Falcidia gesetzte Unwahrheit der Fiktion des Erbbegriffes nur für uns oder an sich, nicht für den Römer gesetzt.

Solange römischer Geist existiert, wird er an der Wahrheit dieser Fiktion von der Willensfortexistenz des Erblassers, von der Willensidentität seiner und des Erben, festzuhalten streben. Je mehr er sie auch durch sein eigenes geschichtliches Tun realiter als unwahr setzt, er wird sie dennoch immer durch eine neue dialektische Wendung, obschon in immer verblaßterer Gestalt, noch zu retten suchen. Diese Fiktion zu setzen und zu zerstören, zu zerstören und doch wieder aufzubewahren, dies ist sein Schicksal, an dem er sich marternd abringt. Er muß es zu vollbringen suchen, sie im Aufgeben ihrer noch zu bewahren. Denn wenn diese Fiktion durch immer entscheidendere Schläge gänzlich aufgehoben ist, so ist auch die Stunde dieses Geistes abgelaufen, und Rom und römisches Recht ist gewesen! Er wird sie daher selbst nach dem letzten Schlage, der ihr jedes Leben raubt, mindestens noch als blutlosen Schatten aufbewahren, der sehnsüchtige Blicke in seine gewesene Wirklichkeit schickt und noch als dieser Schattenriß das Ganze des Erbrechtes, seine Gliederung und Einteilung, seine Institute und Unterschiede beherrscht, die sich nur aus der Erinnerung des oberweltlichen Lebens verstehen lassen, welchem dieser unterweltliche Schatten einst angehörte.

Inzwischen, mit der Falcidia ist das römische Erbrecht von jenem letzten Ende noch weit entfernt. Noch ist im Erben der Begriff des Willensperpetuierers lebendig, und noch wurzelt die lex Falcidia in der starken Betonung dieses Begriffes und seines Unterschiedes vom bloßen Vermögensnehmer (Legatar). Denn[1]) wenn der Erbe auch jetzt auch Vermögensnehmer ist, so soll er dies doch notwendig und für ein bestimmtes Quantum aus eigenem Rechte sein, was dem bloßen Vermögensnehmer (Legatar) keineswegs zusteht und zustehen kann, soll also dieses Recht gerade *qua* Willensfortsetzer und Nichtvermögensnehmer haben, soll es um seines begrifflichen Unterschiedes willen vom Legatar haben.

In diesem ihm auf Grund seines Charakters als Willenskontinuator eingeräumten Zwangsrecht ist also der spezifische Begriff des Erben ebenso einstweilen noch erhalten, wie schon untergegangen.

VIII. Das formelle Gesetztsein der Momente der Idee. Das testamentum per aes et libram. Seine Selbstentwickelung zum prätorischen Testament.

Wir sagten bereits oben (S. 99), daß die reale Anwendung jener Spaltung zwischen Erben und Vermögen es allein sei, die uns in die wahrhafte Substanz des römischen Geistes blicken lasse. Ja, die reale Anwendung dieser Spaltung ist dem römischen Geiste so notwendig,

[1]) Vgl. oben S. 131, Note 1.

daß, wie das Materielle des Erbrechtes, so auch das Formale der Testamentshandlung nur in ihr seine Selbsterklärung zu finden vermag; eine Erklärung, die allem Bisherigen wiederum die eklatanteste Bestätigung verleihen wird.

Es ist das dritte der römischen Testamente, das auf das Testament calatis comitiis und in procinctu folgende testamentum per aes et libram, das wir im Auge haben. Es ist dasjenige Testament, welches sich weitaus am längsten bei den Römern erhalten hat, und auch bereits häufig als das am spezifischsten römische bezeichnet worden ist. Seine Form bestand bekanntlich darin[1]), daß der Testator unter Zuziehung von fünf Zeugen[2]) und einem libripens dem familiae emptor die familia, d. h. das patrimonium, durch einen Scheinverkauf, wie die Römer sagen, manzipierte und hierauf die nuncupatio testamenti, d. h. die Willenserklärung, folgen ließ: „was er (der Testator) einem jeden nach dem Tode gegeben wissen wolle[3])".

---

[1]) Siehe Gajus, Comm. II, § 102; Ulpian, Fr. XX, § 9. Theophil. ad § 1 Inst. de test. ord.

[2]) Welche, wie bereits Dernburg bemerkt (Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente [Bonn 1821], S. 23, Note 21), das Volk der Quiriten darstellen.

[3]) „. . . amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, *eumque rogabat, quid cuique* post mortem suam *dari vellet,*" sagt Gajus. Wir haben im Text absichtlich die Worte des Gajus: . . . familiam suam, id est *patrimonium* suum, unübersetzt gelassen. Sie bedeuten aber nicht, daß der Erblasser dem fam. emptor Familie oder Vermögen verkauft, sondern daß er ihm seine Willensherrschaft veräußert, und daher alles derselben Unterworfene diesem zusteht. Dies ist die Bedeutung von *patrimonium.* Wir erinnern nur an die Einteilung der Dinge in res *extra* nostrum patrimonium und quae in nostro patrimonio habentur, und was wir im ersten Bande hierüber gesehen haben. Darum also erläutert Gajus

Wie man nun an der vorhin erklärten Stelle des Gajus stets achtlos auf ihren wahren Inhalt vorüberging, so ist dies vielberühmte Testament per aes et libram bis auf den heutigen Tag, trotz aller darüber geführten Untersuchungen, ein unerklärtes und bizarres Kuriosum geblieben. Noch immer ist die Kritik, die schon Plutarch gegen dies Testament übt[1]: „Wenn die Römer Testamente anfertigen, so lassen sie die einen als Erbteilempfänger zurück und anderen verkaufen sie das Vermögen, was widersinnig erscheint", eine unbeseitigte. In der Tat, wozu dieser Verkauf? Und wie ist er möglich, wenn hinterher wieder durch den Willen des Testators über das Verkaufte verfügt wird und dann andere Personen als der Käufer die Erbschaft erhalten sollen? Es ist eine imaginaria venditio, sagen die Römer. Aber wozu die Veranstaltung dieser Scheinform, wenn gerade nach derselben die Sache unmöglicher erscheint als früher? Worauf beruht und wozu ist erforderlich diese sonderbare und sich selbst widersprechende Rolle des familiae emptor? Diese und andere Fragen sprießen hier von selbst empor, und es ist bekannt, wie sie von Bergmann[2],

---

familiam suam durch *id est patrimonium suum.* — Daß aber auch schon familia nichts anderes heißt, werden wir später bei Erörterung des römischen Familienbegriffes sehen. Wir werden daselbst zeigen, daß die römische familia nur genau denselben spekulativen Begriff der Willensidentität ausdrückt im zeitlichen Nebeneinander der Subjekte, welchen das Erbtum im zeitlichen Nacheinander darstellt.

[1]) Plut. de ser. num. vind., p. 550, C., T. III, p. 220, ed. Wytt.: „*ὅταν δὲ διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας.*"

[2]) De numero septenario testium in testamentis, §§ 5 u. 6.

Heineccius[1]), Trekell[2]), Schrader[3]), Dernburg[4]) u. a. zu beantworten und die Entstehung dieser sonderbaren Testamentsform künstlich-historisch zu erklären versucht worden ist. Aber wenn diese Versuche ihr Ziel nicht erreicht haben, so hat doch Gans ebenso unrecht[5]), die Frage, wie die Römer zu dieser Testamentsform gekommen, als eine relativ-unbedeutende neben der Frage nach dem Geist dieses Testamentes beiseite zu werfen. Denn, richtig gefaßt, ist vielmehr offenbar, daß hier die Fragen nach der Entstehung und nach dem Geiste dieser Testamentsform gänzlich zusammenfallen müssen, weshalb es denn auch Gans daselbst durchaus nicht gelungen ist, den Geist dieses Testamentes wirklich zu erklären.

In dem gegenwärtigen Zusammenhange muß aber dieser Geist schon so durchsichtig geworden sein, daß es statt aller verwickelten Untersuchungen nur noch des Hersetzens einer ganz kurzen Stelle des Gajus bedarf, um in vollständigster Evidenz so Entstehung wie Bedeutung dieser Testamentsform hervortreten zu lassen.

Gajus sagt[6]): „Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est; *sane nunc aliter* ordinatur atque *olim solebat, namque olim familiae emptor,* id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat,* et *ob id ei* mandabat testator, quid cui-

[1]) De origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo (in opusc. Syll. exerc., XXVII, 970 sqq.).

[2]) De origine et progressu testamenti factionis (Leipzig 1739).

[3]) In Hugos ziv. Magazin, V, Nr. 7, 156.

[4]) Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente (Bonn 1822).

[5]) Erbrecht, II, 82 fg.

[6]) Comm., II, § 103.

que post mortem suam dari vellet; *nunc* vero *alius heres* testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris *imitationem* familiae emptor adhibetur."

Früher also, sagt Gajus, nahm der familiae emptor selbst die Stelle des Erben ein (locum heredis obtinebat), und deswegen trug ihm der Testator auf, was er einem jeden nach dem Tode gegeben wissen wolle. Jetzt aber wird ein „anderer Erbe" (*alius* heres; hier tritt also nochmals und noch bestimmter hervor, daß früher der familiae emptor der heres war) eingesetzt, von dem auch die Legate ausgehen, und nur noch zum bloßen Schein, um an das alte Recht zu erinnern, wird noch ein familiae emptor dabei angewandt — wie übrigens diese positive Tatsache als solche, trotz des versuchten Widerspruches von Hotomannus, Thomasius, Trekell, Dernburg u. a. heute (s. Gans, a. a. O., Huschke[1]), Jhering[2]) und viele andere) lange als allgemein anerkannt gilt, auch schon von den älteren Autoren und den Auslegern des Theophilus, Vinnius, Conradus Reitz usf., immer festgehalten worden ist, und auch durch das Zeugnis des Gajus, der Institutionen[3]) und des Theophilus[4]), sowie durch realen Beweis viel zu positiv verbürgt war, um nicht, trotz der inneren Unbegreiflichkeit der Sache, festgehalten werden zu müssen[5]).

[1]) Studien des römischen Rechtes (Breslau 1830), I, 235.

[2]) Geist des römischen Rechtes, II, 561, 562.

[3]) Inst., § 10 de test. ord. (2, 10).

[4]) Lib. II, tit. X, § 1, p. 332 sqq., ed. Reitz.

[5]) Dieser liegt nämlich darin, daß noch lange, nachdem fam. emptor und Erbe auseinandergefallen, die in der Gewalt des fam. emptor Stehenden — als des ursprünglichen formellen Erben — nicht zu Testamentszeugen gemacht werden können, während die in der Gewalt des in den Tafeln geschriebenen

Hierin aber, daß der familiae emptor früher der wahrhafte zivilrechtliche Erbe war, das Vermögen aber nicht für sich erhält, sondern weil er des Erben Stelle einnimmt (*ob id,* sagt Gajus, sc. quia heredis locum obtinebat), nur den Auftrag erhält, wie das reale Vermögen unter die Familie oder andere Personen verteilt werden soll, — hierin liegt, wie sich jetzt zeigt, die Entstehung und Bedeutung der Testamentsform per aes et libram, und wiederum ein souveräner Beweis für die spekulative Bedeutung des zivilistischen Erbbegriffes, die wir oben als das spezifische Wesen des römischen Erbrechtes und des römischen Volksgeistes überhaupt entwickelt haben, und die im testamentarischen Erbrecht[1]) die Spaltung zwischen dem zivilistischen Erbtum und der Vermögenszuwendung als ihre notwendige und den Geist dieses Erbtums erst enthüllende Folge hervorbringt.

Um dies näher zu zeigen, ist es von Interesse, zuvor die Widersprüche zu betrachten, in welche sich die Autoren über diese Stelle des Gajus verwirren. Die gemeinschaftliche Quelle dieser Widersprüche ist natürlich eben

---

Erben — als eines ursprünglich bloßen Legatars — zu Zeugen genommen werden können, was sich bis auf Justinian erhält; s. Gajus, II, § 108; Ulpian, XX, §§ 3—5; Inst. l. l.; Theoph., lib. II, tit. X, § 10, p. 342, ed. R. Schon Justinian wirft diesem scheinbaren Widerspruch vor, daß durch ihn totum jus conturbatum sei. Als Reliquat des ursprünglichen testamentum per aes et libram begreift er sich aber sehr leicht.

[1]) Im Intestaterbrecht muß dieser Begriff des römischen Erben verhüllt bleiben, weil, da ja hier nichts über das Vermögen verfügt ist und dasselbe somit dem Willen als seinem Herrn folgen muß, die Spaltung nicht eintreten kann, und also der Willensfortsetzer (Erbe) stets mit dem Vermögen erfüllt sein muß.

die, daß sie, jenes spekulativen Begriffes des römischen Erbrechtes nicht mächtig, immer voraussetzen, Erbe sein und das Vermögen erhalten sei innerlich dasselbe, oder daß sie, wie dies nun in scharfer Antithese wird ausgedrückt werden können, den zivilistischen Erben als Vermögenserben statt als Erben des Willens des Erblassers betrachten. Immer von dieser heutigen Anschauung durchdrungen, müssen sie sich dabei natürlich in die entgegengesetztesten Irrtümer verwickeln. So sagt Gans[1]) also mit hohem Unrecht gegen Dernburg: „Dernburg nämlich meint, der familiae emptor sei zuvor ein bloßer Fiduziar, also nicht der Erbe selbst gewesen; erst späterhin habe sich die Person des Erben und des familiae emptor identifiziert. Das Zeugnis der Römer aber ist gerade das andere, daß zuerst der familiae emptor und der Erbe eine Person gewesen, daß aber späterhin ein anderer den Erben, ein anderer den familiae emptor abgegeben habe", wofür sich nun Gans auf die in Rede stehende Stelle des Gajus bezieht. Wenn hier also Gans, weil er den Begriff des Erben und der Nachfolge in die Vermögenshinterlassenschaft, wie alle unsere Autoren, für identisch hält, die Dernburgsche Behauptung, der familiae emptor sei zuerst ein bloßer Fiduziar gewesen, als unrichtig bezeichnet und sie durch jene Stelle des Gajus (die sie vielmehr durchaus bestätigt) widerlegen will, so tadelt er gerade das Richtigste, was bisher noch über den familiae emptor gesagt worden ist. Nichts in der Tat ist passender für denselben, als der Vergleich mit dem Fiduziarerben, der gleichfalls durchaus den zivilistischen (idealistischen) Charakter des Erben behält, das Vermögen aber wie jener an andere abgeben muß.

---

[1]) Erbrecht, II, 83.

Ebenso falsch ist es, wenn Gans (das. S. 79) den Einwand Dernburgs[1]), warum der Erbe nicht selbst familiae emptor werde, da ein Dritter dem Erben nach römischen Grundsätzen kein römisches (quiritarisches) Eigentum erwerben könne, dadurch widerlegen[2]) will, daß der familiae emptor früher wirklich mit dem Erben eine Person gewesen sei — was er nämlich wieder so versteht, als habe der familiae emptor früher auch die Erbschaft (das Vermögen) behalten sollen.

Aber andererseits ist Dernburgs Ansicht, trotz der richtigen Auffassung des familiae emptor als eines bloßen Fiduziar, nicht weniger falsch und genau durch denselben Grundfehler, weil er den Erben mit einem Vermögensempfänger für identisch hält, zu den entgegengesetzten Irrtümern gezwungen und nicht nur um die Resultate ge-

---

[1]) Gegen Trekell, welcher glaubt, das Manzipationstestament habe seinen Grund darin, dem Erben dadurch das quiritarische Eigentum zuzuwenden, da dieses sonst bei den Intestaterben verblieben und nur das bonitarische auf den Erben übergegangen wäre.

[2]) Die wahre Widerlegung dieses Dernburgschen Einwandes ist vielmehr die, daß, wie sich aus dem Folgenden von selbst ergibt, die mit dem Vermögen Bedachten nicht durch den Erben (familiae emptor) als durch eine dritte Person das Vermögen des Erblassers erwerben, sondern es lediglich von dem Erben erwerben, der beim Tode als Fortsetzer der menschlichen Willensherrschaft zum momentanen Eigentümer geworden ist, und jenes Hindernis gegen den Erwerb des quiritarischen Eigentums also gar nicht vorliegt. Es wird hier wiederum deutlich, wie wichtig es ist, den Satz richtig zu begreifen, daß der Legatar (was Dernburg, Gans und die Autoren sämtlich unter dem Erben beim testamentum per aes et libram verstehen, wird uns — in der ursprünglichen Form dieses Testamentes — notwendig zum Legatar) *quasi contractu* vom Erben (also vom familiae emptor) erwerbe.

bracht, welche diese scharfsinnige historische Untersuchung sonst gehabt haben würde, sondern auch gerade zu dem unhistorischsten Resultate hingetrieben. Dieser Grundirrtum Dernburgs spricht sich schon in seinem eben geäußerten Einwurf aus, warum (ursprünglich) der Erbe nicht selbst familiae emptor gewesen — da er vielmehr gerade dies, und bloß nicht der mit dem Vermögen Bedachte, allerdings gewesen ist.

So kommt Dernburg zu der Folgerung, die wahren Erben seien bei diesem Testament ursprünglich die Intestaterben geblieben; ferner der familiae emptor, und durch ihn der Erbe, habe zuerst nicht mehr in Anspruch nehmen können, als ihm wirklich manzipiert worden, da ihm doch vielmehr, wie die Stelle des Gajus deutlich zeigt, gar nicht einzelne Vermögensgegenstände, sondern nur die Willensherrschaft (familia id est patrimonium) manzipiert wurde. Ferner: allmählich habe sich der Rechtssatz ausgebildet, daß „der familiae emptor zwar noch nicht Erbe, aber doch so nahe daran sei, daß er loco heredis genannt werden könne". Hiergegen ist zweierlei zu bemerken: einmal, daß, wie Gans bereits richtig eingeworfen, diese Identifikation zwischen Erben und familiae emptor, statt allmählich zu entstehen, vielmehr der ursprüngliche Anfang ist, und ferner, daß der hier noch übrig gelassene Unterschied, der familiae emptor sei „zwar noch nicht Erbe, aber doch so nahe daran, daß er loco heredis genannt werden könne", ein ganz irriger ist. Der familiae emptor war vielmehr ganzer und wahrer Erbe und nicht nur „so nahe daran" usw. Wenn sich Gajus zuerst ausdrückt, „*locum* heredis obtinebat", so kommt das nur daher, weil er eben andeuten will, daß dieser Erbe (in der Regel) nichts vom Vermögen bekam und nur den juristischen Charakter des

Erben hatte, während zu Gajus' Zeit und für sein Bewußtsein doch schon der Begriff des Erben und des Vermögensnehmers ganz und gar zusammengefallen war. Daß aber der familiae emptor wirklich ganzer und voller zivilistischer Erbe gewesen ist und das „loco heredis" hier eben nur diesen Unterschied andeuten soll, geht schon daraus hervor, daß ja jedes römische Testament doch einen wirklichen Erben brauchte und das Manzipationstestament also im Anfang ohne jeden solchen gewesen wäre, wenn nicht eben der familiae emptor wahrhafter Erbe war, und ferner sagt es ja Gajus unmittelbar darauf mit den bestimmtesten Worten: nunc vero *alius heres* instituitur, womit also zugleich gesagt ist, daß früher der emptor der *heres*, und nicht bloß loco heredis, gewesen ist.

Wenn also Dernburg infolge alles dessen bei dem Resultate anlangt: der familiae emptor sei im Anfang ein bloßer Fiduziar und nicht der Erbe selbst gewesen, und zweitens: erst späterhin habe sich die Person des Erben und des *familiae emptor* identifiziert, so liegt schon in dem ersten Satze das ganz Wahre und ganz Falsche friedlich nebeneinander. Allerdings war der familiae emptor ein bloßer Fiduziar, aber ebendeshalb war er nicht „nicht der Erbe selbst", sondern gerade deshalb und als solcher bloßer Fiduziar war er der Erbe selbst. Und weil also auch hier das Falsche schon da ist, so tritt dasselbe nun in dem zweiten Satz zu dem alles verderbenden und das historische Zeugnis der Römer geradezu auf den Kopf stellenden, durchaus unhistorischen Gesamtresultat heraus, erst späterhin habe sich die Person des Erben und des familiae emptor identifiziert, während sie, wie Gajus ausdrücklich bezeugt, vielmehr ursprünglich identisch sind

und sich erst späterhin trennen. Man muß daher allerdings mit Gans in den Vorwurf des durchaus Unhistorischen, welchen er dem Resultat dieser historischen Forschung macht, übereinstimmen. Wenn aber Gans dagegen sagt: „das Zeugnis der Römer aber ist gerade das Umgekehrte, daß zuerst der familiae emptor und der Erbe eine Person gewesen, daß aber späterhin ein anderer den Erben, ein anderer den familiae emptor abgegeben habe", so ist dies den Worten nach und in unserem Sinne ganz richtig, in dem aber schon oben nachgewisenen Sinne, den es bei Gans hat, daß der „Erbe" auch der Vermögensnehmer gewesen sei, ebenso völlig falsch und unhistorisch wie das Dernburgsche Resultat. Der historische Verlauf der Sache ist vielmehr der, daß Begriff des Erben und des familiae emptor zuerst identisch und von dem Vermögensnehmer getrennt (i. e. nicht notwendig mit ihm verbunden und auch, wie Gajus oben durch das plerique bezeugt, faktisch der Regel nach nicht mit ihm verbunden) ist, daß allmählich aber Begriff und Stellung des Erben auf den Vermögensnehmer übergeht, d. h. auf den, welcher in der ursprünglichen Form des Manzipationstestamentes bloß Vermögensnehmer, Legatar gewesen war. Der von uns entwickelte Begriff des römischen Erben als bloßen Willenserben zum Unterschied vom Vermögensnehmer und die Spaltung, in die er zu letzterem tritt, ist allein der den Autoren fehlende Ariadnefaden, der in den hierdurch entstandenen Verwirrungen derselben zurechthilft.

Bereits muß nun aber auch die Bedeutung und Entstehung des Testamentes per aes et libram, nicht aus irgendwelcher untergeordneten historischen Veranlassung,

sondern aus dem Innersten des historischen römischen Volksgeistes heraus vollkommen klar geworden sein.

Diese Testamentsform ist nämlich nichts anderes als das auch in der Form gesetzte Dasein des von uns entwickelten römischen Erbrechtsbegriffes überhaupt. Im Testament calatis comitiis kann bloß der eingesetzte Erbe so mit Vermögensverfügungen zugunsten anderer beschwert werden, daß nichts von der Hinterlassenschaft auf ihn kommt; hier ist dies also bloß materielles Recht, obwohl freilich diese Spaltung so sehr Zug des römischen Geistes, daß in der Regel, wie uns Gajus oben verraten, diese Spaltung vorgenommen und dem Erben nichts hinterlassen wird. Aber ebendeshalb muß nun dieser materielle Erbrechtsbegriff auch als die eigene Form des Testamentsaktes selbst an demselben heraustreten — und so entsteht das Testament per aes et libram, welches dies vollständig vollbringt und deshalb die anderen Testamente überwindet und so lange überlebt.

Es wird durch einen Scheinverkauf der Willensfortsetzer für die Zeit nach dem Tode gesetzt, und dieser, der familiae emptor, hat ursprünglich lediglich und allein die Bedeutung, der Erbe des Erblassers zu sein; und da nun dem römischen Geiste die Substanz des Erbbegriffes lediglich in der Willenskontinuation (Willenserbschaft), nicht in dem einer Vermögenserbschaft, besteht, so wird nun durch den Willen des Testators dem mit ihm identischen Willen seines Willenserhalters, d. h. Erben, aufgegeben, an welche andere Personen nach dem Tode das Vermögen gegeben werden solle. Die Worte des Gajus: *et ob id,* nämlich quia heredis locum obtinebat, *ei mandabat* testator, quid cuique post mortem suam dari vellet, zeigen

schon an und für sich bei unbefangener Betrachtung, daß das Vermögen durch die Verteilung an andere erschöpft wurde und der emptor nichts davon erhielt, und bestätigen dies durch die mildernde Paraphrase, „locum heredis obtinebat", zu der Gajus greift, weil schon für sein Bewußtsein ein Erbe ohne Vermögenserbschaft nicht mehr recht faßlich war. Aber so viel hat sich Gajus noch von der altrömischen Anschauung gerettet, um im Konflikt zwischen dem, der den Willen des Erblassers ausführt, und dem, der sein Vermögen nimmt, nur in dem ersteren den Erben und in dieser Willenserhaltung überhaupt das wahre Wesen der Erbschaft zu sehen. Und darum verbindet er diesen Satz mit dem vorigen durch ein gar nicht genug hervorzuhebendes „ob id", d. h. er sagt, um diesen Satz nach seinem wahrhaften Sinne zu übersetzen, ganz unbefangen: „und weil jener der Erbe war, trug ihm der Testator auf, an welche andere das Vermögen kommen solle", während wir nach unserer heutigen Anschauung mindestens erwarten müßten, zu hören: „und obgleich jener der Erbe war, trug ihm der Testator auf, an welche andere usw.".

Der familiae emptor oder der Erbe ist also nur die vollbrachte Willensunsterblichkeit des Testators. Dieser kann jetzt ruhig sterben, denn er hat den Erhalter seiner Willenssubjektivität gefunden. In diesem, als einem lebendigen Subjekte von geltendem Willen, wird sich sein Wille fortsetzen und an der Außenwelt ausführen. Der familiae emptor kann sehr wohl als der Verteiler des Vermögens etwa mit dem modernen Testamentsexekutor verglichen werden[1]), bis auf den

---

[1]) An einer höchst interessanten, immer unbeachtet gebliebenen Stelle in einem an Bibelstellen (vgl. Brief an die Galater, IV, 24—31) angelehnten und bei ihm besonders häufig wieder-

einen Unterschied, der aber der totale Unterschied des Begriffes wäre, daß der familiae emptor Erbe ist und der Testamentsexekutor nicht, d. h. daß der familiae emptor die Willenssubjektivität des Toten in seiner eigenen Person fortdauernd darstellt, während der Testamentsexekutor nur vorübergehend einen bestimmten Willensinhalt des Testators als einen ihm selbst fremden Willen ausführt, ein Unterschied des Begriffes, der, weit entfernt davon, ein bloßer Wortunterschied zu sein, vielmehr so reale Folgen hat, daß auf den römischen familiae emptor, auf diesen erbteillosen Erben, auch die sacra und die Schulden übergehen.

Wenn uns also der heilige Ambrosius von einer *hereditas sine re* berichtet, wenn er sagt: *„sed sunt heredes*

---

kehrenden bildlichen Vergleich zwischen dem Testament im rechtlichen Sinne und dem religiösen Testament (Altem und Neuem) und den zur Erbschaft darin Berufenen scheint der hl. Augustinus fast diese ganz richtige Einsicht über die begriffliche Stellung des Erben zum alten Manzipationstestament, im Verhältnis zu seiner Stellung zu der späteren Form desselben, zu bekunden. Er sagt (contra duas epist. Pelag., lib. III, c. 4, T. X, p. 297, D., ed. Ord. Bened. [congreg. S. Mauri] Antwerp. 1700): „Sed quia in eo (im Alten Testament) praefigurabatur novum, qui hoc intelligebant tunc homines Dei, secundum distributionem temporum, *veteris* quidem Testamenti *dispensatores et gestatores,* sed *novi* demonstrantur *heredes.*" Wenn man die Stelle in ihrem Gesamtverlauf liest, wird man sich noch weniger enthalten können, in diesen Worten die deutliche Spur der Einsicht bei Augustinus hervortreten zu sehen, daß auch im Substrat seines Bildes — dem rechtlichen Testament — ein altes Testament zu unterscheiden ist, bei welchem der Erbe nur *„dispensator et gestator"*, oder, wie wir oben sagten, Testamentsexekutor und Verteiler ist, und ein neues Testament, in welchem er erst wahrhafter Erbe, d. h. Empfänger ist. So erst wird auch

sine re, sunt et cum re[1])", so ist es nur dieses alte Willenserbtum ohne Vermögenszuwendung, von dem sich bei ihm noch eine Erinnerung aufbewahrt hat, eine Erinnerung, die er aber, ungleich dem heiligen Augustinus (siehe die vorige Note) selbst nicht mehr versteht, so daß er sich nun diesen Satz, von dem er gehört hat, in höchst schwankender und sich selbst auflösender Weise bald als das Verhältnis der Erben bei Lebzeiten des Testators (et dicuntur heredes testatore vivente qui scripti sunt, sed sine re), bald und an derselben Stelle durch die unter Tutel befindlichen Erben zu erklären sucht. Ja, noch bis in diese Begriffsverwirrung hinein dämmert ein Anklang des Richtigen. Denn freilich ist es das charakteristische Merkmal des durch das testamentum calatis comitiis und des durch das testamentum per aes et libram in seiner alten Form ernannten Erben (des familiae

---

das Substrat des Bildes ein zu diesem wahrhaft passendes. Darum fügt Augustinus später (das., S. 299, C.), immer noch an diesem Substrat seiner Darstellung festhaltend, hinzu, daß, während das Alte Testament bloß in servitutem generat, nur bei dem Neuen Testament für den Erben eine *„spes bonorum"* vorhanden sei, freilich, wie er hinzusetzt, „non carnalium, sed spiritualium, non terrenorum, sed caelestium, non temporalium, sed aeternorum." Gerade aber, daß die „spes *bonorum*", die ihm zum charakteristischen Unterschied des Neuen Testamentes wird, ihm ja für seinen spiritualistischen Zweck nicht konvenieren kann und er daher gezwungen ist, dieselbe erst wieder umzudeuten, zeigt, daß er bei diesem Bilde unter der Einwirkung seines juristischen Substrates steht und also von einem alten Manzipationstestament, wo der Erbe nur dispensator und gestator ist, und von einem neuen, in welchem er erst eine spes bonorum empfängt, sehr wohl gewußt haben muß.

[1]) Epistol., lib. V, ep. 43. Opp. omn. (Paris 1632), T. V, p. 294, E.

emptor), daß sie schon bei Lebzeiten des Testators ernannte und kundgetane Willenserhalter sind. Und von selbst muß nun durch diese hereditas sine re klar geworden sein, wie die noch in den Rechtsquellen aufbewahrte Einteilung der bonorum possessio in bon. poss. *cum re* und *sine re,* die man bisher mit Recht als eine völlig leere Subtilität zwecklos und verwunderlich finden konnte[1]), nur die organische Nachbildung jenes Unterschiedes der hereditas sine re und cum re ist, welcher begrifflich wie praktisch von höchster Wichtigkeit und von epochemachender Entwickelung im Erbtum ist[2]).

Der entscheidendste Beweis aber für die aufgezeigte Bedeutung des Testamentes per aes et libram ist seine Formel. Sie lautet[3]): *„Familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*[4]), *hoc aere* (et ut quidem adjiciunt *aeneaque libra*[5]) esto mihi empta."

Was heißt das in wahrhaft sinngetreuer Übersetzung

---

[1]) Siehe Savigny in dem oben (Nr. II u. III) bezogenen Aufsatz der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.

[2]) Und jetzt müssen nun in ihrer ganzen begrifflichen Tragweite und in ihrer ganzen Beweiskraft für unsere Entwicklungen Aussprüche der Rechtsquellen, wie die folgenden, durchsichtig sein: L. 50 pr. de h. p. (5, 3): Hereditas enim *sine ullo corpore juris intellectum habet.* L. 119 de v. s. (50, 16): Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam *damnosam hereditatem, juris enim nomen est,* sicuti bonorum possessio. L. 3 pr. § 1 de bon. poss. (37, 1) u. a.

[3]) Gajus, II, § 104.

[4]) Über dieses legem *publicam* siehe sub Nr. X.

[5]) Vgl. Gajus, I, 119. Varro de L. L. IX, 83, p. 518, ed. Müller. Tertullian adv. Marc., II, 6.

anders, als: „Ich setze deine Willensherrschaft als die meinige, damit du nun mit diesem Recht für die Zeit nach deinem Tode verfügen kannst, und eigne sie mir darum an durch diesen symbolischen Kauf." Es ist ein Kauf und der familiae emptor gibt dem Testator den symbolischen Kaufpreis des aes. Denn bisher hat der Erbe allein gesprochen, und freilich kann er dies auch, vor allen Dingen seinen Willen bekundend, denn er wird der überlebende Wille sein, der durch seinen Willen die Willenssubjektivität des Erblassers fortsetzen soll. Damit er diese aber nicht bloß an sich gerissen zu haben scheine, damit es auch formell gesetzt sei, daß der Erblasser, der bis dahin den Erben bloß faktisch sistiert hat, die Ehre seines Willens bei dieser Aneignung desselben habe, „zur Teilung der Ehre", *εἰς τὸν τιμῆς μερισμόν* — wie ein anderer Kirchenvater[1]) an einer schönen, gleichfalls immer unbeachtet gelassenen Stelle, die wir sub Nr. X ausführlicher mitteilen werden und die daselbst unsere gesamte Auffassung dieses Testamentes noch einmal auf das schlagendste bestätigen wird, über dasselbe sagt —, gibt er ihm den symbolischen Kaufpreis. Die Ehre, die nach Clemens hierbei geteilt wird, das ist jener honor des römischen Erbtums überhaupt, die Ehre der Willensherrschaft (s. oben S. 86). Es gibt nichts Erläuternderes zu dieser solennellen Formel, als die Worte des Plautus[2]): „. . . quod *tuum'st, meums'st, omne meum est autem tuum.*" In der Tat ist die Identifikation der beiden Willen die vollständige und gedoppelte, daß nicht nur der Wille des Erblassers als Wille des Erben, son-

---

[1]) Clemens Alexandr. Strom., V, c. 8, p. 574, ed. Sylb.
[2]) Trin., II, 2, 52.

dern auch der Wille des Erben als Willensherrschaft des Erblassers gesetzt wird[1]). Auch liegt dies ja schon notwendig im Begriff der Identität des Willens überhaupt und ist auch durchaus erforderlich, damit der Testator nun über den Willen und die Willenshandlungen des Erben verfügen kann, spricht sich also ganz deutlich in dem Teile der Formel aus: quo *tu* jure test. facere possis. Endlich hat es aber auch seine sinnlich-fühlbare Realität sowohl in dem später zu betrachtenden Legat rei alienae, als in den Schulden, die, wenn der Erbe auch nichts von der Erbschaft bekommen hat oder um wie viel sie auch dieselbe überschreiten, dennoch dem

---

[1]) Wenn Huschke (Studien, S. 233, Note 59) und Böcking (Pandekten des römischen Privatrechtes, I, 256, Note 15), um die Schwierigkeit der Manzipationsform dieses Testamentes, obgleich ja die hereditas (Gajus, II, 34) keine res mancipii sei, zu erklären, sagen: bei dieser Manzipation werde „ja nicht die hereditas (quae viventis nulla est), sondern die familia, d. h. der eine Teil der Privatfreiheit des Testators, welcher mit seinem Tode eine Sache bilden (sein) wird, die Vermögensfreiheit manzipiert, und diese ist ebenso gut, wie die ganze Person, mancipii; Gajus, I, 120" —, so ist dieser Vergleich mit der Manzipationsfähigkeit der ganzen Person ein höchst trefflicher und zeigt in der Tat den Grund, warum die Manzipationsform bei dem Testament, ohne Widerspruch gegen die Einteilung in die res mancipii und nec mancipii, angewendet werden kann. Aber nach jener Lehre selbst ist dieser Vergleich noch kein berechtigter; sie widerspricht ihr vielmehr. Denn wenn etwas für den Augenblick des Todes manzipiert wird, was in diesem Zeitpunkt „eine Sache bilden (sein) wird," so würde ja wirklich eine Sache manzipiert, und zwar eine unkörperliche, die hereditas, die ja eben nicht res mancipi sein kann. Erst in unserer Entwicklung, nach welcher nicht Vermögen noch Sache, sondern die Willenssubjektivität des Erblassers dem Erben manzipiert wird, empfängt jener Hinweis auf die Manzipations-

Erben zur Last fallen und das seiner eigenen Willensherrschaft unterworfene Vermögen verzehren[1]).

Nachdem nun in dem ersten Akt, dem symbolischen Kauf, die bloße Willensidentität des Erblassers mit einem Dritten und also der Erbe gesetzt ist, folgt nun die Verlautbarung des Willensinhaltes des Testators, d. h. die nuncupatio testamenti. Diese Zweiheit dessen, was in diesem Testament geschieht, läßt Ul-

fähigkeit der ganzen Person seine volle Berechtigung. — Ebenso zeigt auch schon die Formel: familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo, gegen Huschke, daß nicht bloß „ein Teil der Privatfreiheit, die Vermögensfreiheit", sondern die ganze subjektive Willensherrschaft der Person, patrimonium, wie Gajus richtig erklärt (s. oben S. 114, Note 3), mit Hinsicht auf den Moment des Todes zur Aufrechterhaltung übertragen wird. — Ebenso wenn Böcking, a. a. O., I, 134, Testament und Erbschaft so auffaßt: „Das Testament macht den dazu ernannten Erben in Beziehung auf die Nachlassenschaft des Testators zu dessen Familienglied," so zeigt sich jetzt, wie dem schon die Formel ganz positiv entgegensteht. Denn nicht der Erbe wird vom Testator zum Glied seiner Familie gemacht, sondern er rezipiert in sich die gesamte familia des Testators (meam esse ajo), nicht als Glied, sondern als Träger, nicht die Familie, sondern die römische familia, was etwas ganz anderes ist (s. Nr. XL), nämlich die subjektive Willensherrschaft. — Nur der spekulativen Behandlung ist es gegeben, hier wie anderwärts in voller Übereinstimmung mit den römischen Formeln zu sein, während die juristisch-verständige Auffassung, wenn auch oft unmerklich, in einen entschiedenen positiven Widerspruch zu ihnen treten muß — ein nicht geringer Beweis für die Wahrheit der ersteren Methode.

[1]) Daher das Widerstreben und das Odium des römischen Geistes gegen den Benefiziarerben, der erst unter Justinian sich sein Dasein erkämpft, auch dann noch stets die Vermutung gegen sich hat usw.; vgl. unten Nr. XLI und beim Wesen des germanischen Erbrechtes.

pian scharf hervortreten[1]: „In testamento quod per aes et libram fit, *duae res aguntur,* familiae mancipatio et nuncupatio testamenti", und ebenso hat Gans diesen Dualismus, obwohl mit einer unrichtigen Erklärung desselben, mit Recht scharf hervorgehoben[2]). Was aber sagt nun der Testator? Er sagt nicht — denn er kann nach dem Obigen ja gar nicht mehr sagen — *heres* esto oder heredem esse jubeo, sondern seine Formel ist: „haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, *ita do ita lego ita testor* itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibitote"; d. h. — und es ist unbegreiflich, wie alles dies stets so unbeachtet bleiben konnte — das ganze Testament ist nach seinem Inhalt, wie die Formel zeigt, eine *do lego* Verfügung, d. h. eine bloße Legatenverfügung, ein Testament, das sogar nach prätorischen Begriffen vollkommen nichtig wäre, da es ja ein Testament ohne Erbeinsetzung ist. Woher kommt es, daß auf einmal hier, während stets das umgekehrte Verhältnis waltet, das prätorische Recht formalistischer und strenger zu sein scheint, als das Zivilrecht? Aber natürlich! Der Testator kann hier ja gar keinen Erben im Inhalt seiner Willenserklärung mehr einsetzen, denn der Erbe ist ja nur der Willenserhalter, und dieser ist ja hier schon in dem *familiae emptor,* ist schon in der Form des Testamentes, in der Handlung desselben, im symbolischen Kaufe, gegeben[3]).

---

[1]) Fragm. XX, 9.

[2]) Erbrecht, II, 85 fg.

[3]) Man sieht jetzt noch deutlicher, warum es im schriftlichen Testamente (vgl. oben S. 90 fg.) schlechterdings heißen muß: heres esto. An die Stelle dessen, was im Manzipationstestament in seiner ursprünglichen Form durch die dramatische Handlung bewirkt wird, kann nur der imperatorische

Das Wahrste also, was bisher über das testamentum per aes et libram und über das römische Erbrecht überhaupt gesagt worden ist, ist, wie unsere Entwickelungen zeigen, eine Bemerkung des alten Thomasius, über die er nicht selten hart ausgescholten worden ist; seine Bemerkung nämlich[1]), die Römer hätten, weil sie die naturrechtliche Wahrheit des Grundsatzes, daß kein Mensch nach dem Tode und darum also auch nicht für den Todesfall über sein Vermögen verfügen könne, selbst gefühlt hätten, um ihre Gesetzgebung mit diesem naturrechtlichen Grundsatze wieder auszugleichen, deshalb das Testament durch die Manzipationsform zu einem Geschäft unter Lebenden gemacht. Freilich tritt hier das Wahre wieder in einer sich selbst ganz entfremdeten, verkehrten Form auf. Nicht um die Wahrheit jenes naturrechtlichen Grundsatzes ruhig bestehen zu lassen und nun dennoch über das Vermögen verfügen zu können, wird zu der Manzipation gegriffen, sondern um diesen naturrechtlichen Grundsatz und die in ihm hervortretende Schranke der Endlichkeit zu besiegen, um zu bewirken, daß der Wille auch nach seinem Erlöschen noch fortdauere, in diesem spezifischsten Interesse des römischen Geistes und seines historischen Inhaltes wird durch die Handlung unter Lebenden der identische Willenserhalter erzeugt und nun, nachdem die Schranken der Endlichkeit, des Natürlichen und Naturrechtlichen, überwunden sind (vgl. Nr. X) und die Willensfortdauer her-

---

Willensstoß treten. Ein erzählendes tempus würde unwahr sein, weil ja das Erzählte noch nicht eingetreten, und ebenso ist Erklären, das man macht (das praesens), noch kein Machen, sondern bloßes Sagen. — Vgl. über das Bewirken noch sub Nr. X über die Produktivkraft der Formel-Solennitäten.

[1]) De sensu leg. decemviralis, §§ 10, 21.

vorgebracht ist, kann über das Vermögen testiert werden.

Was ferner durch die vorstehende Entwickelung dargetan ist, ist dreierlei:

Erstens: daß schon, selbst wenn der Bericht des Gajus, Theophilus usw. nicht vorhanden wäre, die sakramentelle Formel dieses Testamentes selbst zureichend zeigen würde, daß ursprünglich der familiae emptor der Erbe gewesen, und daß hierauf die ganze Bedeutung dieses Testamentes beruht;

Zweitens: daß nun, indem allmählich der Satz sich ausbildet, daß die sacra cum pecunia übergehen, d. h. indem sich allmählich der starre zivilistische (idealistische) Erbbegriff des römischen Geistes zu der Anschauung erweicht, daß der Erbe auch der materiell Bedachte sein müsse, und daher nun, wie Gajus berichtet, ein anderer als der familiae emptor durch Erbeinsetzung in den *tabulis cerisque* zum Erben wird (nunc vero *alius* heres *instituitur*), — daß dann, sagen wir, dieses Testament um jeden Sinn gekommen, mit sich selbst in Widerspruch, ja in absolute Inkongruenz mit seiner eigenen Formel getreten ist (da das mündlich gesprochene *do lego* gebraucht wird für die in den tabulis enthaltene *institutio heredis*)[1]), und daß jetzt daher diese Testamentsform nur noch als das altertümliche Symbol einer nicht mehr verstandenen Vergangenheit fortbesteht;

---

[1]) Eine absolute Inkongruenz des Begriffes, von welcher die von Justinian und Jhering bemerkte Inkongruenz (s. oben S. 147, Note 5 u. 2), daß die in der Gewalt des Erben Stehenden Testamentszeugen sein können und die des familiae emptor nicht, nur eine verhältnismäßig sehr verschwindende, sehr winzige Folge ist.

Drittens aber endlich, daß, indem jetzt der Gebrauch aufgekommen, einen Erben in den tabulis einzusetzen, das zivilistische Manzipationstestament nicht nur seinen inneren Existenzgrund verloren, sondern sich von selbst zum prätorischen Testament entwickelt hat. Es muß dies bereits sonnenklar sein. Dem familiae emptor im Manzipationstestament entspricht der instituierte Erbe im prätorischen, den materiell Bedachten in jenem, die Legatare in diesem. Nachdem es Sitte geworden, statt des familiae emptor einen der in den Tafeln materiell Bedachten auch zum Erben zu machen, ist hierdurch von selbst, unter Fortfall des nun überflüssigen emptor, die schriftliche Erbeinsetzung des einen Bedachten und die Verknüpfung der anderen zu bedenkenden Personen mit ihm als Legatare entstanden, oder das zivilistische Testament hat sich von sich selbst zum prätorischen Testament entwickelt, wobei nun familiae emptor, libripens und die fünf Zeugen zu sieben Zeugen werden.

Aber so hartnäckig erhält sich die Ahnung, daß der wahrhafte spezifische Erbbegriff des römischen Geistes, der in jener Spaltung des Erben und des Bedachten besteht, die sich im Testament per aes et libram ihre eigentümliche Form gibt, hierbei zugrunde gegangen ist, daß nun dennoch dies prätorische Testament die zivilrechtliche *hereditas* nicht zu übertragen vermag, sondern nur bonorum possessio verleiht, bis denn in der christlichen Kaiserzeit die Unterschiede des prätorischen und des Zivilrechtes verlöschen.

IX. Das Fideikommiß und seine geschichtliche Entwickelung.

Es ist bereits oben (S. 113) vergleichsweise an den Fiduziar erinnert worden und es liegt in der Sache, auf die bisherige Betrachtung noch einen Blick auf das Institut der römischen Fideikommisse folgen zu lassen. Bereits muß der Schleier auch von diesem Institut gefallen sein, da wir uns nun einmal in dem spekulativen Lichtkern des römischen Erbrechtes befinden, von welchem aus alle noch so festen und verknoteten Gebilde desselben sich zu transparenten, sich selbst erleuchtenden Gestalten aufschließen.

Die bisherige Ansicht über die römischen Fideikommisse ging dahin, daß sie erfunden worden seien, um, da das Fideikommiß die höchste Freiheit genoß, Verbotsgesetze, wie die lex Voconia und andere Hindernisse zu umgehen. Bei dieser Ansicht bleibt nur unerklärlich, wie ein Volk dazu kommen soll, sich erstens Gesetze zu schaffen, die keine äußere Macht ihm aufnötigt und die von ihm hoch und heilig gehalten werden, und zweitens Umgehungsinstitute, um alle diese Gesetze wieder illusorisch zu machen, ja, diese Umgehungsinstitute mit der öffentlichsten moralischen und zuletzt auch rechtlichen Billigung zu bekleiden, da es dann weit einfacher gewesen wäre, jene Gesetze wieder aufzuheben, als besondere Umgehungsinstitute zu ihrer Eludierung einzurichten.

Im gegenwärtigen Zusammenhange muß nun bereits ein ganz anderes Licht auf die Fideikommisse und ihre Entstehung gefallen sein. Denn durch die bloße Zusammenstellung mit dem, was wir vorher über das materielle Recht des testamentum calatis comitiis, sowie bei Gelegenheit der lex Falcidia (S. 137 fg.) und jetzt über das

testamentum per aes et libram gesagt haben, verliert das Fideikommiß die Isoliertheit, die es bisher behauptet hat, und erweist sich als die analoge Reproduktion des das gesamte römische Erbrecht durchdringenden Geistes.

Es ist immer derselbe Trieb uralt römischer Rechtsbildung, welcher in der fideikommissarischen Erbschaft sein drittes und bereits relativ schwächstes Reis treibt. Es ist derselbe Trieb der Spaltung zwischen dem Erben, der Willenserbe ist, und dem mit dem Vermögen Bedachten, der, wie er im testamentum calatis comitiis als unbedingtes materielles und in der Regel angewendetes Recht der totalen Absorbierung des Vermögens durch Legate, im testamentum per aes et libram als die eigene Form des Testamentsaktes, so endlich im Fideikommiß als ein auf die freie Anerkennung dieser im Volksgeist geheiligten Sitte, als ein auf die spontane Achtung der im Erbrecht vorhandenen Willensidentität des Erben mit dem Erblasser basiertes Institut auftritt.

Die fideikommissarische Erbschaft besteht darin, daß jemand zum Erben eingesetzt wird, der nicht materiell bedacht werden soll (der Fiduziar), und ihm, auf Grund jener Willensidentität, die den Erblasser ja befähigt, über die Willenshandlungen des Erben zu verfügen, aufgegeben wird, einem anderen materiell zu Bedenkenden, der aber nicht Erbe wird, das Materielle der Erbschaft auszuhändigen. — Auf diese Weise kann das Fideikommiß nun freilich benutzt werden, um Verbotsgesetze zu umgehen und Erbunfähigen das Vermögen zuzuwenden. Aber es kann hierzu nur benutzt werden, weil dies Institut schon vorher in der Erbtumsauffassung des römischen Volksgeistes, in jener Anschauung des Erben als bloßen, nichts Materielles lukrirenden Willenserhalters seine orga-

nische Grundlage, seine Entstehung und Erklärung hat; nicht aber als ob es etwa aus einem besonderen, dem Gesetzbildungstrieb der Völker zur Seite stehenden, Gesetzumgehungstrieb im römischen Volksgeiste hervorgegangen wäre[1]).

Es zeigt sich dies nun in allen charakteristischen Zügen des Erbschaftsfideikommisses.

Zuvörderst muß der Erbe, d. h. der nichts vom Vermögen erhalten soll, in aller Form Rechtens Erbe sein können, während dies von demjenigen, dem restituiert wird, gleichgültig ist, sonst ist kein Willensaufrechterhalter da, und darum kann dann auch der Bedachte nichts vom Vermögen bekommen. „Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres *recto jure* instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin *inutile* est testamentum, in quo nemo *recto jure heres* instituitur[2]).“ Als besonders charakteristisch aber tritt hervor, daß dieser Fiduziar nach wie vor Erbe bleibt, auch

[1]) Ja, man läßt mit Unrecht unbeachtet, daß, wo wirklich nur die Umgehung positiver Verbotsgesetze der Zweck war, dies doch auf ernste Schwierigkeiten im Volksgeiste gestoßen zu sein scheint. So erzählt doch wenigstens Cicero, wenn er selbst auch anderer Meinung ist, daß von jener zahlreichen Versammlung, deren Urteil sich P. Sextilius Rufus, der Fiduziar des Q. Fadius, unterwirft, ob er der Tochter desselben mehr als die lex Voconia gestatte, aushändigen solle, keiner dieser Ansicht ist. Cic. de fin. bon. et mal. II, c. 17: „. . . Addebat etiam se in legem Voconiam juratum contra eam facere *non audere,* nisi *aliter amicis videretur.* Aderamus nos quidem adolescentes, sed etiam *multi amplissimi viri,* quorum *nemo* censuit *plus* Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire.“ Ebenso zeigt Gajus, II, §§ 284, 285, daß die Umgehung, den peregrinis durch Fideikommisse Vermögen zuzuwenden, prohibiert wurde.

[2]) Gajus, Comm., II, § 248.

nachdem er die Erbschaft dem Fideikommissar abgegeben hat, während dieser dadurch nicht zum Erben wird. „Restituta autem hereditate, is qui restituit, *nihilo minus heres permanet*[1])." Der zivilistische (idealistische) Charakter des Erben ist eben gar nicht an das Vermögen geknüpft.

Man hat diesen Fiduziarerben auch einen heres apparens, einen Scheinerben, genannt. Allein es ist so wenig Schein dabei, und der Begriff hat vielmehr eine so harte Realität, daß der Fiduziar nicht nur die Aktionen behält, sondern auch, nachdem er alles abgegeben, die Aktionen der Gläubiger gegen ihn als den wahren Erben gehen. Dieser enterbte Erbe hat daher in der früheren Zeit kein anderes Mittel, sich gegen Schaden zu decken, als nun seinerseits mit dem Fideikommissar einen Scheinverkauf der Erbschaft vorzunehmen. „Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii (der Fideikommissar), sed potius emptoris; tunc enim in usu erat, ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes *inter venditorem hereditatis et emptorem* interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas[1])."

Allein der dialektische Humor von der Sache ist, daß der Erbe durch diese verkäufliche Überlassung der Erbschaft an den Fideikommissar doch immer nur den Willen des Erblassers ausführt, und daß er also, da dies ja gerade der Begriff des Erben ist, der Willensausführer des Erblassers zu sein, durch diese Willensausführung des Erblassers die Qualität des Erben durchaus nicht los werden kann, sie vielmehr ge-

---

[1]) Gajus, II, 251.
[2]) Gajus, Comm., II, § 252.

rade betätigt und daher nach wie vor Erbe und den Aktionen verhaftet bleibt.

Er gewinnt daher nur einen Vertreter an dem Fideikommissar für alles, wozu er selbst als Erbe verurteilt würde, was ihn aber gar nicht außer Gefahr bringt für den Fall, daß er an diesem keine Deckung mehr findet. Gajus gibt daher a. a. O. den Inhalt jener Stipulationen weiter so an: „id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid *hereditario nomine condemnatus fuisset*, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset et omnino *si quis cum eo hereditario nomine ageret*, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones *procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*"

Endlich wird, unter Nero, um den Erben gegen diese Gefahr zu decken[1]), durch das SC. Trebellianum aus der Billigkeit[2]) bestimmt, daß, wenn der Erbe die Erbschaft restituiert hat, die Aktionen nicht mehr ihm und gegen ihn[3]), sondern dem Fideikom-

[1]) Ulpian sagt ausdrücklich in der L. 1, § 3 ad SC. Trebellianum (36, 1): „Sublata est hoc Senatusconsulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus censuerunt."

[2]) „Cum esset *aequissimum*" etc., beginnt dieses Senatuskonsult 1. 1.

[3]) Gans (Erbrecht, II. 222 fg.) muß bei seiner von der obigen gänzlich abweichenden Darstellung der historischen Entwicklung des Fideikommisses bei diesem Senatuskonsult den Schein erregen, als liefen neben den actiones utiles gegen den Fideikommissar auch die direkten Aktionen gegen den Erben fort. Denn er begründet dies SC. so: „Da nun der Fideikommissar ebenso ein Ganzes, wie der Erbe vertritt, so ist das

missar und gegen den Fideikommissar gegeben werden sollten[1]).

So fielen denn nun, da jetzt der Prätor dem Fideikommissar und gegen den Fideikommissar utiles actiones gab, jene Scheinverkäufe als überflüssig fort[2]).

Als nun aber in der Anschauung des Erbschaftsbegriffes im Volksgeiste allmählich die Änderung vorgeht, daß der

---

Nächste, daß er auf ähnliche Weise, wie der Erbe, in Beziehung auf das Vermögen betrachtet wird, d. h. daß er actiones utiles erhält, sowie daß actiones utiles gegen ihn gestattet werden. Dieses wird durch das SC. Trebellianum bewirkt." Er spricht daher auch, S. 223, von einem durch dies SC. hervorgebrachten „Nebeneinanderbestehen des Erben und Fideikommissars" in der Erbschaft, während dies Nebeneinanderbestehen durch dies SC. vielmehr gerade aufgehoben wird. Er sieht daher die innere Veranlassung dieses SC. darin, daß die Fideikommisse (unter Augustus) aufhören, „von der Willkür des Erben abhängig zu sein," und daß nun deshalb „das Verhältnis des Erben zu dem Fideikommissar nichts mehr mit dem Erbschaftsverkaufe gemein hat (eine Ansicht, von der wir gleichfalls sehr bald sehen werden, wie positiv falsch sie ist), und zwar um so häufiger, als häufig gar nicht die ganze Erbschaft restituiert wird, sondern der Erbe neben dem Fideikommissar in der Erbschaft bleibt." Allein diesen Fall hat das SC. zunächst gar nicht vor Augen, wie sein Text zeigt. Es läßt daher auch nicht, wie Gans noch später, S. 226, in den Worten: „aber daß in jedem Falle dem Fideikommissar, wie dem Erben, die Erbschaftsklagen zustehen, sowie es das SC. Trebellianum verordnete," positiv sagt, actiones utiles neben den actiones in heredes zu, sondern schneidet dieselben ausdrücklich ab: „. . . placet et actiones quae in heredes heredibusque dari solent, eis *neque in eos neque his dari* qui fideicommissum etc., *sed his et in eos*" etc.

[1]) Siehe Gajus, Comm., II, 254; Ulpian, XXV, 14. Dig. 36, 1.

[2]) Gajus, a. a. O.: „. . . post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi."

Erbe auch mit Vermögen erfüllt sein müsse (vgl. oben sub Nr. VII) — was sich in Rom stets einfach so äußert, daß immer mehr und mehr Erben sich weigern, wegen des „leeren Namens des Erben[1])", die Erbschaft anzutreten und daher die Fideikommisse hinfällig werden[2]) —, da muß nun auch der Fiduziar, diese bloße Durchgangsperson, gewählt vom Erblasser, um nichts zu haben, dieser sogenannte bloße Scheinerbe, dessen Erbschaft nicht bloß zufällig durch das Dasein von Verfügungen über alle einzelne Gegenstände der Erbschaft (Legate) aufgezehrt wird, sondern der ausdrücklich gewählt wird, um die Erbschaft als Ganzes zu übergeben (*hereditatem* restituere), — auch dieser muß nun, da er als Willenserhalter einmal realer zivilistischer Erbe ist, und gleichviel ob dies dem Willen des Erblassers entspricht oder nicht, seinen realen Anteil an der Hinterlassenschaft haben. Er muß es gerade wegen der jetzt vorhandenen Identität zwischen Erben und Vermögenserben. Indem aber so der Fiduziar auch realer Teilnehmer am Vermögen werden soll, und zugleich um seines zivilistischen Charakters als Erbe willen von selbst die gesamte Hinterlassenschaft erhalten würde, insofern darüber nicht anders vom Erblasser verfügt worden wäre, ist dadurch der Fiduziar zum Fideikommissar von

[1]) Inane nomen heredis, s. Gajus daselbst.

[2]) Darum sagt auch hier wieder Gajus, II, § 254: „Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire *hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant* et ob id extinguebantur fideicommissa" etc. Im Anfang kann dies also nicht der Fall gewesen sein, und es tritt also die allmähliche Umwandlung der Anforderung, welche Sitte und Volksgeist mit dem Begriff des Erbtums verbinden, auch hier wieder deutlich hervor.

selbst in das Verhältnis des Erben zum Legatar getreten, d. h. es hat sich jetzt durch seine eigene dialektische Notwendigkeit das Verhältnis ganz auf den Kopf gestellt. Denn der Fiduziarerbe wird jetzt, weil, sowie er mit dem realen Vermögen in irgendwelchen Kontakt gesetzt wird, sein begrifflicher Charakter als zivilistischer Erbe durchschlagen muß, zum Nichtfiduziarerben, und der Fideikommissar, welchem nach dem Willen des Testators die *hereditas* als Gesamtheit übergeben werden sollte, wird dadurch zum einfachen Quotenlegatar, zum legatarius partiarius[1]), d. h. zum Nichterben, zu dessen Gunsten eine bloße Verfügung über einen Vermögensteil getroffen worden ist.

---

[1]) Also erst durch dieses den Fiduziar notwendig mit einem realen Anteil an der Hinterlassenschaft erfüllende SC. Pegasianum wird das Fideikommiß zum Legat, durchaus nicht schon, wie Gans, II, 218, will, durch die unter Augustus beginnende Erzwingbarkeit der Restitution des Fideikommisses vom Fiduziar. Durch diese Erzwingbarkeit haben die Fideikommisse freilich einerseits aufgehört, „eine Hervorbringung der Pietät zu sein," aber es ist so wenig wahr, daß sie, wie Gans sagt, „dadurch ihren eigentümlichen Begriff verloren und von den Legaten nicht mehr zu unterscheiden" seien, daß sie vielmehr nach wie vor diesen Unterschied in noch größerer Stärke bewahren; denn während der Erbe von den Legaten die falzidische Quart abziehen kann, kann er dies vom Fideikommiß noch nicht, worin sich nur zeigt, wie der Begriff der fideikommissarischen Erbschaft, eine „Hervorbringung der Pietät zu sein," auch trotz der Erzwingbarkeit der Restitution wieder noch fortdauert und in ihr gerade am stärksten sich betätigt (s. oben S. 137 fg.).

Noch besteht also der Unterschied von Fideikommiß und Legat, und dies ist auch nicht anders möglich. Denn er besteht von Anfang an nur darin, daß beim Legat ein einzelner Gegen-

Wenn aber der Fiduziar bei dem geringsten eigenen Kontakt mit der realen Hinterlassenschaft, wegen des Durchschlagens seines alten Erbbegriffes den Fideikommissar begrifflich in einen bloßen Legatar verwandeln muß, so kann jetzt, wenn dieser Kontakt überhaupt eintreten soll, auch rechtlich und quantitativ der Fiduziar, diese bloße Schein- und Durchgangsperson, die alles abgeben soll, im Verhältnis zum Fideikommissar, der das Vermögen als einfache Gesamtheit erhalten soll,

---

stand und resp. ein Teil, beim Fideikommiß aber die hereditas als einfache Totalität abgegeben wird. Neben diesem Unterschied besteht aber von Anfang an, und nicht erst seit der Erzwingbarkeit der Restitution, die auch von Gans infolge seines Verfehlens des zentralen spekulativen römischen Erbrechtsbegriffes notwendig übersehene Gleichheit zwischen Fideikommiß und Legat, daß beide bloße Vermögenszuwendungen ohne jeden erbrechtlichen Charakter sind, während der Fiduziar und der Erbe rechtliche Erben ohne jede Vermögenszuwendung sind, resp. sein können. Aber erst indem es dahin kommt, daß nun auch beim Fideikommiß nicht mehr die Totalität herausgegeben wird, ist jener Unterschied durchbrochen und durch die nun durchschlagende Seite der Identität das Fideikommiß zum Legat geworden. Durch die bloße Erzwingbarkeit der fideikommissarischen Herausgabe ist dieser Unterschied nicht berührt. Ja, fast wird das Fideikommiß durch dieselbe nur um so mehr dem alten Erbrechte im testamentum calatis comitiis und per aes et libram angenähert, wo der Erbe gleichfalls alles abzugeben gezwungen werden kann. Nur daß der Unterschied immer besteht, daß hier der Erbe alles als einzelne Gegenstände abgibt, über welche verfügt worden ist, so daß er hierdurch gleichsam nur zufällig und faktisch erblos wird, weil nun nach Erfüllung dieser Verfügungen nichts mehr in der Erbschaft ist, während er beim Fideikommiß die Erbschaft als einfache Totalität abgibt (er ist gebeten *hereditatem* restituere), also hier auch in der Form erblos werden soll.

gar nicht anders behandelt werden, als wie der Erbe im Verhältnis zur Gesamtheit der Legatare. Wie es also dem Erben zusteht, sich der Gesamtheit der Legatare gegenüber die falcidische Quart abzuziehen, so muß nun auch dem Fiduziar dieselbe Befugnis dem Fideikommissar gegenüber, ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers, gegeben werden. Und dies geschieht durch das SC. Pegasianum, welches die lex Falcidia auf die Fideikommisse ausdehnt.

Es ist also eine Bewegung, von der innersten Notwendigkeit und von der eigensten Dialektik des spekulativen Begriffes hervorgebracht, welche uns Gajus II, § 254 in den einfachen Worten schildert: „Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa[1]), Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret *quartam partem retinere* atque *e lege Falcidia in legatis retinendi jus* conceditur, ... ille autem qui ex fideicommisso reliquam partem hereditas recipit, *legatarii partiarii* loco est, id est ejus legatarii cui *pars* bonorum legatur, quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem."

Allein hier tritt nun sofort eine weitere begriffliche Folgerung hervor.

Ist der Fiduziar jetzt mit einem realen Anteil an der Hinterlassenschaft befaßt, so ist zu der Billigkeit des vorher betrachteten SC. Trebellianum nun gar keine

---

[1]) Man sieht, es ist immer dasselbe Moment der Reibung, das Ausschlagen des Erben, der Kampf der beiden Willenssubjektivitäten, welcher die Institute des Erbrechtes zur Bewegung zwingt; s. Nr. VII.

innere Veranlassung mehr. Denn diese wurzelte doch nur darin, daß der Erbe, obwohl er es als solcher muß, nicht die Schulden der Erbschaft tragen soll, wenn er doch trotz seines Erbcharakters nichts aus derselben empfängt. Jetzt empfängt er aber nicht nur, sondern dies Empfangen durch das SC. Pegasianum ist auch nichts anderes als das Durchschlagen seines alten Erbbegriffes innerhalb der neuen Anschauung, daß der Erbe auch Vermögen erhalten müsse. Wird aber dieser Erbbegriff durch die Anwendung des SC. Pegasianum als durchschlagend gesetzt, so muß er auch in den Passivis wieder durchschlagen. Hieraus fließen also sofort wieder zwei Folgesätze:

1. das *SC. Pegasianum* und das *SC. Trebellianum* schließen sich gegenseitig aus, so daß wo das eine zur Anwendung kommt, das andere nicht zur Anwendung kommen kann, und
2. der Fiduziarerbe, der auf Grund dieses SC. Pegasianum den vierten Teil zurückbehält, muß nun wieder für alle Schulden der Erbschaft einstehen[1]).

Der zweite Satz, der nur wieder ein Folgesatz des weiter gehenden ersten ist — welchen wir auch in diesem weiteren Umfang sehr bald vollständig nachweisen werden —, wird uns von Gajus ganz positiv bekundet, indem

---

[1]) Hierin also, weil das SC. Pegasianum gerade die Anwendung und das Gesetztsein des alten zivilistischen Erbbegriffes und das Vorwiegen desselben über die Billigkeit zugunsten des Fiduziars enthält (denn nach der Billigkeit soll der Fiduziar nichts bekommen und bloß ohne Schaden ausgehen), liegt der Grund, daß hierdurch die bloße Billigkeit des SC. Trebellianum, auch wo sie zugunsten des Fiduziar ist, durch das SC. Pegasianum ausgeschlossen

er a. a. O. fortfährt: „*per quod senatusconsultum* (SC. Pegasianum) *heres ipse onera hereditaria sustinet*"

Dadurch kann nun aber der Fiduziar wieder viel schlimmer stehen, als er vorher stand, denn während er ein Viertel abgezogen, kann er wieder für einen weit größeren Schuldenbetrag aktioniert werden. Da er sich weder durch das SC. Trebellianum decken kann, welches er durch die Anwendung des SC. Pegasianum ausgeschlossen, noch auch wie früher einen fingierten Erbschaftsverkauf vornehmen kann (s. oben S. 169), — denn er kann jetzt nicht einmal f i n g i e r e n, die Erbschaft zu überlassen, da er vielmehr ja als t e i l n e h m e n d e r E r b e in der realsten Beziehung zu derselben bleibt —, so bleibt ihm jetzt nichts übrig, als ganz konsequent mit dem Fideikommissar, den er ohnehin in einen legatarius partiarius verwandelt hat, die Stipulation vorzunehmen, durch welche sich der Erbe dem legatarius partiarius gegenüber (und umgekehrt) zu decken pflegt, die Stipulation ratierlicher Verteilung der sich ergebenden Passiva und Aktiva der Erbschaft. Darum fährt Gajus also fort: „Unde effectum est ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem et heredem, id est ut le lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit."

---

sein muß, nicht aber darin, daß, wie Gans, II, 224, ganz irrig sagt, der Fiduziar hierdurch „eine f e i n d l i c h e Richtung gegen den Fideikommissar genommen, so daß ein N e b e n e i n a n d e r b e s t e h e n beider in der Erbschaft, wie das SC. Trebellianum wolle, n i c h t m e h r gedacht werden könne." Vielmehr wird ja gerade erst d u r c h das SC. Pegasianum das N e b e n e i n a n d e r b e s t e h e n beider in der Erbschaft, die T e i l u n g derselben zwischen ihnen, h e r v o r g e b r a c h t.

Es sind nun aber hierbei mehrere Fälle möglich. Gajus[1]) fährt zunächst also fort: „Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum *ex Trebelliano senatusconsulto* restituitur hereditas et *in utrumque* actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano." Wenn also der Fiduziar um nicht mehr als drei Viertel der Erbschaft beschwert ist, so tritt dennoch der Schutz des Trebellianischen Senatuskonsultum für ihn ein, und dies könnte, da der Fiduziar ja jetzt ein Viertel behält, dem zu widersprechen scheinen, was wir soeben hierüber gesagt haben, bestätigt es aber nur vielmehr.

Denn nicht durch das bloße Faktum, daß der Fiduziar ein Viertel der Erbschaft für sich erhalten, wird das SC. Trebellianum ausgeschlossen. Sondern die Billigkeit dieses Senatuskonsults, in welchem der Fiduziar schon gar nicht mehr als Erbe behandelt wird, ist nur dann ausgeschlossen, wenn durch Anrufung und Anwendung des SC. Pegasianum gerade die formelle Gewalt des zivilistischen Erbbegriffes seinerseits als das herrschende, und gegen den Willen des Testators als das diesen beugende, die Billigkeit somit ausschließende Moment gesetzt wird. Hat daher der Fiduziar durch den eigenen Willen des Testators ein Viertel erhalten, wie Gajus voraussetzt (si non plus — *rogatus sit* restituere), so ist die Billigkeit des Trebellianischen Senatuskonsults durch nichts ausgeschlossen und muß daher dem Fiduziar zu Hilfe kommen, wenn er trotz des erhaltenen Viertels in die durch dieses Senatuskonsult zu verhütende unbillige Lage geraten

[1]) Comm., II, 255.

sollte[1]). Obgleich also das SC. Trebellianum eigentlich nur den Fall vor Augen hat, daß der Fiduziar alles abgeben soll, so wird es hier mit dem vollsten spekulativen Rechte analog angewendet, und obwohl der vom Erblasser mit einem Teil bedachte Fiduziar immer auch für den von ihm restituierten Teil, und nach der Restitution, Erbe bleibt, wie Gajus mit Recht hervorhebt, und daher die Aktionen ganz für und gegen ihn laufen (quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones competunt), so werden doch jetzt beiden und gegen beide, Fiduziar und Fideikommissar, die Aktionen pro rata erteilt, in bezug auf ersteren aus dem zivilen Erbrecht, in bezug auf letzteren aus dem SC. Trebellianum, so daß für und gegen den Fiduziar die Aktionen nur so weit laufen, als sein Anteil aus der Erbschaft beträgt. „Sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet[2])."

Wenn also der Fiduziar vom Erblasser selbst nicht über das Viertel beschwert ist, so tritt das SC. Trebellianum ein. Wenn er dagegen über das Viertel beschwert ist, so liegt der Fall vor, das SC. Pegasianum anzuwenden. Aber hier können nun zwei Fälle eintreten. Der Fiduziar wendet das SC. Pegasianum an und zieht sich die Quart aus demselben ab, oder er wendet es nicht an und gibt frei-

---

[1]) Darum also, nicht weil hier, wie Gans, II, 224 sagt, „das friedliche Verhältnis zwischen Erben und Fideikommissar nicht als gestört zu betrachten sei," tritt hier das SC. Trebellianum wieder in Kraft.

[2]) D. h. für den Mehrbetrag wird er jetzt utilis exceptio erhalten; siehe L. 21 de praescr. verb. (19, 5). Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio danda est.

willig die ganze Erbschaft heraus. In beiden Fällen fallen ihm natürlich zunächst als zivilistischem Erben die gesamten Schulden anheim („sive retinuerit ... sive noluit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet", sagt Gajus[1]), und es fragt sich eben, wie er sich hiergegen deckt, und hierin erst wird sich der Unterschied der Fälle herausstellen können.

Im ersten Fall, wenn der Fiduziar die Quart aus dem Pegasianum abzieht, hat er durch die Anwendung desselben das SC. Trebellianum ausgeschlossen und kann sich daher, da er den Fideikommissar in einen legatarius partiarius verwandelt hat, nur durch die Stipulationen partis et pro parte decken. Dies ist es, was wir bereits oben gesehen haben, und es ist nur eine Widerholung desselben, wenn Gajus fortfährt: „sed quarta quidem *retenta* quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tanquam inter partiarium legatarium et heredem".

Allein wenn der Fiduziar die Quart n i c h t abzieht und also das Pegasianum n i c h t a n w e n d e t, sondern alles freiwillig herausgibt, so scheint es zunächst nach dem früheren, als müßte hier das SC. Trebellianum wieder eintreten und ihn decken. Nichtsdestoweniger fährt Gajus fort: „si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt". Wenn der Fiduziar also freiwillig alles herausgibt, so soll, wie in der älteren Zeit v o r dem Trebellianum (s. oben S. 169), der Scheinverkauf der Erbschaft wieder zur Deckung vorgenommen werden. Warum aber tritt, was auf den ersten Blick sehr überraschen muß, das SC. Trebellianum hier nicht ein, da es ja durch keine Anwendung des Pegasianum ausgeschlossen ist? Diese Frage

---

[1]) Ib., § 257.

muß in voller Bestimmtheit aufgeworfen werden[1]) und ist von hohem Interesse, weil sich gerade durch sie die Stellung und Bedeutung, welche wir oben dem SC. Trebellianum in dieser historischen Bewegung gegeben haben, vollständig bewährt. Das SC. Trebellianum war uns das Moment der Billigkeit gegenüber dem Walten des streng zivilistischen Erbbegriffes in der historischen Entwickelung des Fideikommisses. Auf die Billigkeit kann sich aber nur berufen, wer durch die formelle Härte des Rechtes, durch die iniquitates juris, in eine gefährdete Lage versetzt wird. Denn dies ist eben die Bedeutung der römischen aequitas, daß sie nur dem jus und seiner Strenge gegenüber als Ausgleichung dienen soll.

---

[1]) Was Gans unterläßt, welcher II, 225, den Bericht des Gajus hierbei dadurch rechtfertigt, daß „diese Freiwilligkeit der Entsagung auf ein Recht, das eigentlich gegen den überbeschwerenden Erblasser gerichtet ist, die aus der Fideikommissenlehre verdrängte Pietät in ihrer völligen Integrität wieder enthält." Aber in diesem Berufen auf die Pietät tritt der Begriff nicht heraus. Gerade in der Unklarheit, in welcher sich Gans über diese Frage blieb, ist der Grund der falschen Bedeutung zu sehen, welche er dem SC. Trebellianum überhaupt gibt. Gans sieht in demselben immer nur das „Nebeneinanderbestehen beider in der Erbschaft" (s. oben S. 170, Note 3; S. 173, Note 1, und S. 176, Note 1), während dies nur eine analoge Ausdehnung dieses Senatuskonsultes ist (s. S. 170, Note 3), welches diesen Fall ursprünglich nicht oder doch nicht notwendig vor Augen hat. Wenn wir dagegen dies SC. als das Auftreten des Momentes der Billigkeit gegen den zivilistischen Erbrechtsbegriff in der Entwicklung des Fideikommisses fassen, so verweisen wir, außer auf das hierüber bereits Nachgewiesene und die schon oben zitierten Worte des Senatuskonsultes: aequissimum est etc., auf den bald folgenden Fall der wieder eintretenden Geltung dieses SC. (den Fall des erzwungenen Erbschaftsantrittes), welcher unserer Auffassung desselben die glänzendste Bestätigung verleihen wird.

Wer dagegen freiwillig sich in diese Lage versetzt, indem er auf die ihm vom SC. Pegasianum angebotene Vermögenserfüllung verzichtete, der kann sich nun auch den Passivis gegenüber, weil er jetzt nicht mehr durch die Rigorosität des jus, sondern durch eigenen Willen gefährdet ist, nicht auf die Billigkeit berufen, sondern mag sich an seinen freien Willen halten. — Es tritt daher das dialektisch höchst interessante Resultat ein, daß, seitdem das SC. Pegasianum da ist, und wenn der Erbe vom Erblasser über das Viertel beschwert ist, das SC. Trebellianum wie durch die Anwendung des Pegasianum, so auch durch die Nichtanwendung desselben ausgeschlossen sein muß[1]).

Näher in bezug auf den Erbrechtsbegriff betrachtet, begründet sich dieses höchst spekulative Resultat so: das Trebellianum, in welchem, wie früher schon bemerkt, der Fiduziarerbe gar nicht mehr als Erbe behandelt wird, stellt das Vorwiegen der Billigkeit über den strengen Erbrechtsbegriff dar. Das SC. Pegasianum stellt umgekehrt (s. S. 172 fg.) das Vorwiegen und die — zugunsten des Fiduziar ausschlagende — Herrschaft des formellen zivilistischen Erbbegriffes, und zwar in der neuen Auffassung der Erbschaft als einer realen Vermögenszuwendung, im Fideikommisse dar. Der Verzicht aber des überbeschwerten Fiduziars auf das SC. Pegasianum stellt nicht weniger ein Setzen des formell-zivilistischen Erbbegriffes als des Herrschenden und Überwiegenden dar, nur dieses Erbbegriffes gerade in seiner noch strafferen und formelleren alten Anschauung als des vom Vermögen unabhängigen abstrakten

[1]) Es bleibt daher vorläufig kein anderer Fall der Anwendung des SC. Trebellianum, als wenn (s. oben S. 178) der Erblasser selbst dem Fiduziar das Viertel gelassen hat.

Willenserben. Durch die Anwendung des Pegasianum hat der Fiduziar die Billigkeit gegen den Testator, durch die Ausschlagung des Pegasianum hat er die Billigkeit gegen sich selbst abgewiesen. In beiden Fällen ist die Billigkeit also negiert, in beiden der Begriff des zivilistischen Erben im Fiduziar als das im fideikommissarischen Verhältnis herrschende und bestimmende Moment gesetzt. In beiden Fällen kann daher mit dem vollsten Recht des spekulativen Begriffes gleich wenig vom SC. Trebellianum als der bloßen Billigkeit die Rede sein.

Wir sahen daher, daß der überbeschwerte Fiduziar, der freiwillig das Pegasianum ausschlägt, sich nun an seinen eigenen Willen halten mag, wenn ihm nun die onera der Erbschaft zur Last fallen. So muß er sich in der Tat durch eine Willenshandlung dagegen sichern, und da er, der nichts aus der Erbschaft behält, deshalb auch keine Stipulationen pro parte mit dem Fideikommissar qua Legatar machen kann, so bleibt ihm notwendig nichts übrig, als wieder zu der ältesten, ursprünglichsten Form zurückzugreifen und den Scheinverkauf der Erbschaft mit dem Fideikommissar vorzunehmen[1]).

Allein wir haben oben, wo wir diesen Scheinverkauf

---

[1]) Es zeigt sich also hier entscheidend, daß die von Gans gegebene (II, 222) Entwicklung der alten Scheinverkäufe zum SC. Trebellianum, eine Entwicklung, deren bewegendes Moment er darin sieht, daß die Fideikommisse unter Augustus erzwingbar geworden wären, wodurch „das Verhältnis des Erben zu dem Fideikommissar nichts mehr mit dem Erbschaftsverkauf gemein hat,“ und weshalb diese Verkäufe nun hätten fortfallen müssen (s. dagegen unsere Darstellung, S. 169 fg.), nicht die richtige ist, da ja hier die Scheinverkäufe lange nach der Erzwingbarkeit der Fideikommisse und bei Fortdauer derselben wieder hervortreten.

betrachteten (S. 169), gezeigt, daß der Fiduziar durch denselben doch nur eine Vertretung gewinnt, aber durchaus nicht von den Erbschaftsklagen selbst befreit und somit auch nicht aller Gefahr los wird.

Wir sagten oben, das sei vielmehr der Humor davon, daß der Fiduziar durch den Scheinverkauf der Erbschaft dennoch den Charakter des Erben (und also die Lasten) nicht los werden kann. Denn durch die Überlassung der Erbschaft an den Fideikommissar erfüllt er gerade den Willen des Erblassers, und da der Begriff des Erben im römischen Geiste nicht an die Vermögenserbschaft geknüpft ist[1]), sondern eben nur darin besteht, Willenskontinuator des Toten zu sein, so betätigt sich eben, weit entfernt, durch diese Überlassung den Erbcharakter abstreifen zu können, der Fiduziar durch dieselbe als wahrer römischer Erbe. Das Zutreffende dieser Dialektik bestätigt sich jetzt noch einmal in wahrhaft glänzender Weise, und noch einmal ergibt sich hier, fast schon am Ende der fideikommissarischen Entwickelung, der Begriff der subjektiven Willensidentität als das alleinige, das römische Erbrecht beherrschende und noch bis in seine letzten Zeiten fortreagierende Moment.

Ein Mittel hat nämlich der Fiduziarerbe allerdings, um den Charakter des Erben und mit ihm die onera der Erbschaft abzustreifen.

Durch das SC. Pegasianum wird nämlich zugleich verfügt, daß, wenn sich der Fiduziar weigert, die Erbschaft anzutreten, er vom Fideikommissar durch Vermitte-

---

[1]) In welchem Falle er allerdings mit der Überlassung der Erbschaft als solcher auch den Charakter des Erben los werden müßte.

lung des Prätor dazu angehalten werden kann[1]). Wie seit Augustus zur Restitution der Erbschaft, kann er jetzt auch zur Antretung derselben gezwungen werden.

Das in den bisher erörterten Fällen über die Ausschließung des SC. Trebellianum durch die Anwendung wie Nichtanwendung des SC. Pegasianum Gesagte gilt nun bloß in dem Falle, wenn sich der Fiduziar zum Erbschaftsantritt nicht erst zwingen läßt[2]).

Läßt sich der Fiduziar aber zwingen, d. h. legt er also an den Tag, daß er in keiner Willensidentität mit dem Testator sei, daß er den Willen desselben nicht fortsetzen wolle, so hat er hierdurch allerdings entscheidend den Charakter des Erben abgestreift; denn dann hat er eben das negiert, worin nach unserer Darstellung allein der Begriff des Erben besteht. Dann also ist er gar nicht mehr Erbe, dann erst ist er zur bloßen Schein- und Durchgangsperson geworden, dann verliert er hierdurch einerseits mit dem Wesen des Erben notwendig das Abzugsrecht auf die Quart, wie andererseits damit auch die Schulden von ihm fortfallen, welche die wieder eintretende Billigkeit des SC. Trebellianum von dem Nichterben, zu welchem der Fiduziar hier geworden, ausschließlich auf den hinter dem Rücken dieser bloßen

---

[1]) Gajus, II, 258: „Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat."

[2]) Darum sagt Gajus ausdrücklich oben, II, 257: „Sed is qui semel adierit hereditatem, *si modo sua voluntate adierit,* sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet etc." Wir übergingen dies oben, weil hier erst dieser Unterschied klar werden kann.

Scheinperson selbständig agierenden Fideikommissar übergehen läßt, so daß der Fiduziar jetzt keinerlei Stipulationen mehr nötig hat, um sich gegen Schulden zu decken, die ihn nach Abstreifung des Erbbegriffes nicht mehr zu treffen haben. Und so wird denn alles dies in der bündigsten Weise bekundet von Gajus, Comm., II, § 258: „Sed *si recuset* scriptus heres adire hereditatem... cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Praetorio adeat et restituat, *perindeque ei et in eum qui receperit actiones dentur,* ac juris est *ex senatusconsulto Trebelliano*[1]), quo casu *nullis stipulationibus opus est,* quia simul et huic qui restituit securitas datur et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur qui receperit hereditatem."

Jetzt erst, mit dieser Schlußbestimmung, ist das SC. Pegasianum als Ganzes in seinem Gedankengange und in seinem Verhältnis zum Trebellianum wahrhaft zu verstehen. Das SC. Pegasianum stellt dem Fiduziar einfach die Alternative, ob er sich als zivilistischer Erbe, oder ob er sich als bloße Scheinperson betrachten und setzen will.

Will er seinen zivilistischen Erbbegriff festhalten, so soll er, weil bereits mit der lex Falcidia die Anschauung triumphiert hat, daß dem Erben auch Vermögen zugewendet werden müsse, sich die falcidische Quart gegen den Willen des Testators abziehen können. Aber dann muß er auch die anderen Folgen des von ihm fest-

[1]) Es zeigt sich hier also von neuem, daß der Gedanke des SC. Trebellianum durchaus nicht, wie Gans will, auf einem „Nebeneinanderbestehen des Erben und Fideikommissar in der Erbschaft," sondern vielmehr lediglich auf dem Auftreten der Billigkeit gegen den zivilistischen Erbrechtsbegriff beruht.

gehaltenen Erbbegriffes tragen. Sämtliche Schulden gehen auf ihn über, die frühere Billigkeit des SC. Trebellianum, welches sich gegen die Härte des formellen Erbrechtes erhob, kann, weil er selbst letzteres Moment für sich in Anspruch genommen und sich als zivilistischen Erben zu setzen vorgezogen hat, für ihn nicht mehr in Betracht kommen, und er mag sich daher auf eigene Faust, wenn auch unvollkommen, gegen die onera decken.

Will dagegen der Fiduziar nicht den zivilistischen Erbbegriff festhalten, will er sich als bloße Scheinperson betrachten, so muß er dies setzen durch die Nichtidentität des Willens mit dem Testator; d. h. er muß sich weigern und sich zwingen lassen. Hiermit tritt dann die Billigkeit für diesen sich als Nichterben setzenden Fiduziar wieder ein, die Schulden gehen aus dem Trebellianum sämtlich von ihm über, aber er hat dann auch kein Recht auf den Abzug der falcidischen, erbrechtlichen Quart.

Und ebenso ist hier ganz klar ersichtlich, wie, wenn der Mittelfall eintritt, d. h. wenn der Fiduziar freiwillig die Erbschaft antrat, aber auch freiwillig, ohne den ihm verstatteten Abzug zu machen, alles herausgab, das SC. Trebellianum nicht zu seiner Entlastung von den Schulden von ihm angerufen werden kann. Denn wenn er freiwillig antritt, so hat er immerhin sich damit als zivilistischen Erben gesetzt und betätigt, und durch die freiwillige Herausgabe des ganzen Vermögens hat er dies so wenig aufgehoben, daß er dadurch vielmehr diesen Erbbegriff in seiner ursprünglichsten Form und abstraktesten Härte gesetzt, und also ebensosehr, wie durch Abhaltung der Quart, die gegen diesen Erbbegriff ankämpfende Billigkeit ausgeschlagen hat!

Es ist daher eine tiefgehende Bemerkung von Justinian,

wenn er gerade in dieser Bestimmung des Pegasianum über den Antretungszwang, aus welcher, wie wir sahen, sein Geist sich erst begreift, den Hauptinhalt dieses Senatuskonsults erblickt[1]: „Sed etiam id, quod *praecipuum Senatusconsulti fuerat,* ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur etc.[2]).“

Wir sind aber mit der Anführung dieser Institutionenstelle zum Schlußstein in der Entwickelung der historischen Bewegung des Fideikommisses gelangt.

Die Gestalt, die das Fideikommiß bei Justinian empfängt, entspricht ganz dem, was auch sonst die allgemeine Umbildung des Rechtes, die unter ihm vorgeht, kennzeichnet.

Der Kampf des zivilistischen Erbrechtes mit der Billigkeit im Fideikommiß war mit dem Pegasianum zu der Ausgleichung gekommen, daß jeder dieser beiden Standpunkte zu einem, das andere ausschließenden, System für sich entwickelt ist und der Fiduziar zwischen beiden Systemen zu wählen hat. Daher die große Anzahl der feinen, begriffsmäßigen und sich durchkreuzenden Unterschiede. Mit Justinian erliegt der zivilistische Erbrechtsbegriff gänzlich der bloßen Billigkeit, welche jetzt allein das Feld behauptet. Daher die Abstumpfung und das Verschwinden jener Unterschiede zu dem gleichgültigsten Einerlei, welches nur Zeugnis ablegt, daß das Erbrecht um seinen Begriff gekommen. Ob der Fiduziar aus dem Willen des Testators die Quart, oder mehr oder weniger, oder gar nichts hat, — er soll die

---

[1]) Während Gajus a. a. O. uns diese Bestimmung nur ganz am Ende, und ohne irgend welchen besonderen Ton darauf zu legen, noch anführt.

[2]) Inst., § 7 de fideicomm. hered. (2. 23).

Quart abziehen können, und gleichwohl sollen stets die Aktionen aus dem SC. Trebellianum sowohl gegen ihn als gegen den Fideikommissar pro rata laufen. Gibt er die gesamte Erbschaft heraus, so sollen, auch wenn er sie freiwillig angetreten hat, die Aktionen aus dem Trebellianum nur gegen den Fideikommissar zustehen, und ganz ebenso soll es natürlich auch dann sein, wenn er sie nur gezwungen antrat. Stipulationen sind nun in keinem Falle mehr nötig, denn die äußerliche Billigkeit hat, alle Gedankenunterschiede zertretend, alles auf sich selbst genommen, und darum wird alles auf das SC. Trebellianum als auf das einzige Gesetz der Sache zurückgeführt.

Die in dieser Hinsicht höchst interessante Institutionenstelle (§ 7, Inst. 2, 23) lautet: „Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et *quibusdam casibus captiosas* eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, *omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare* ut *ex eo* fideicommissariae hereditates restituantur; sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum *quasi ex Trebelliano Senatusconsulto,* pro rata portione, actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id quod praecipuum Senatus-

consulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, *et hoc transponimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur* si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente."

Es ist höchst eigentümlich und charakteristisch, wie Justinian in den kursiv gedruckten Worten nicht nur verordnet, was er verordnet, sondern auch noch dies verordnet, daß alle Verfügungen, die er aus dem Pegasianum herübernimmt, auf das Trebellianum übertragen und als aus dessen Autorität herfließend angesehen werden sollen, obgleich er doch in seiner eigenen Darstellung kein Hehl daraus macht, daß das Trebellianum diese Verfügungen durchaus nicht enthalte. Woher kommt dieser bizarre Geschmack, zu dekretieren, und zwar nicht in Interpretationsweise, daß ein Gesetz zu enthalten scheinen solle, was es eingestandenermaßen nicht enthalte? Bereits Gans hebt diesen Umstand als sehr bezeichnend hervor. Aber bei ihm steht diese Bemerkung noch in der Luft, weil er das Trebellianum irrtümlich als das Nebeneinanderbestehen von Erben und Fideikommissar in der Erbschaft auffaßt, und es wird daher das Innere dieses bezeichnenden Umstandes nicht klar[1]). Bei uns verleiht

---

[1]) Gans sagt hierüber (II, 226 fg.): „Die feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen also, ob der Erbe überbeschwert sei oder nicht, ob er abziehen wolle oder nicht, sind in dieser äußerlichen Einheit verschwunden. Daher (?) ist es sogar konsequent, daß Justinian auch die verschiedenen Namen der Senatskonsulte nicht mehr existieren lassen will und alles mit dem Namen des Trebellianischen Senatuskonsultes belegt."

derselbe unserer Auffassung des Trebellianum eine neue Bestätigung und wirft andererseits ein helles Licht auf die Art von Bewußtheit, die bei der Justinianeischen Rechtsumbildung stattfindet. Da wir nämlich das Trebellianum als die sich gegen den zivilistischen Erbbegriff erhebende Billigkeit nachgewiesen haben, so ist es jetzt in seiner ganzen inwendigen Konsequenz einleuchtend, warum Justinian, bei welchem der zivilistische Erbbegriff ganz und gar unter den Anforderungen der Billigkeit erlegen ist, diese Bedeutung des Trebellianum fühlend, alle seine eigenen Anordnungen auf dieses Senatuskonsult überträgt.

Es ist endlich noch erforderlich, einen Gegensatz hervorzuheben, welcher die Geschichte des Fideikommisses in zwei Hälften teilt.

Es ist bereits erwähnt worden, daß bis auf die Zeit des Augustus die Restitution des Vermögens seitens des Fiduziarerben etwas Freiwilliges und völlig Unerzwingbares ist[1]). Erst Augustus befahl in einigen besonderen

---

Nein. daher, weil Justinian die feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen aufhebt, ist noch nicht abzusehen, warum er diese seine aufhebenden Anordnungen auf alte Senatskonsulte fiktive zurückträgt, statt sie als seine eigenen Verordnungen stehen zu lassen; und ebensowenig warum, wenn er dies schon tun will, er sich gerade das Trebellianum und nicht das Pegasianum dazu aussucht. Und endlich bedarf selbst die Auslöschung der „feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen," die bei Justinian vor sich geht, einer letzten Erklärung ihres Woher?, eine Erklärung, die eben nur in der Verdrängung des zivilistischen Erbbegriffes, in welchem allein jene begrifflichen Unterschiede wurzeln, durch die bloße Billigkeit zu sehen ist.

[1]) Inst., § 1 de fideic. her. (2, 23): „Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat etc."

Fällen den Konsuln, gegen den treulosen Fiduziar zu intervenieren, und dies war so populär, daß es sehr bald zum festen Rechte ward. „Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversus est in assiduam jurisdictionem[1]." — Es fragt sich nun, wie verhält sich diese Veränderung zu dem Erbbegriff, den wir als den waltenden und tätigen Faktor dieser ganzen Sphäre entwickelt haben, und welche innere Modifikation wird dadurch im Wesen des fideikommissarischen Institutes hervorgebracht? Abstrakt genommen, könnte man ebensogut sagen, jener Erbbegriff, welcher den Erben als einen Willenskontinuator ohne Vermögenszuwendung — oder mindestens ohne notwendige Vermögenszuwendung — setzt, finde eine stärkere Betätigung darin, daß der Fiduziar sogar rechtlich zur Vermögensherausgabe gezwungen werden kann, als auch: seine Blüte bestehe gerade darin, daß die bloße Sitte, das Walten dieser Anschauung im Volksgeiste, diese Herausgabe sichert ohne rechtlichen Zwang, dessen Eintreten daher schon den Verfall jener Anschauung betätige.

Solche Reflexionen sind also überhaupt nicht geeignet, das Wesen der Sache zu bestimmen. Hierzu muß vielmehr der Begriff des Fideikommisses und das Verhältnis des Fiduziars zum nicht-fideikommissarischen Erben noch näher bestimmt werden.

Der Begriff des Erben besteht nach uns darin, Willenserbe, Willenserhalter zu sein. Diese Willensidentität zeigt sich aber nun konsequenterweise

[1]) Inst., l. c.

nicht darin, daß der Testator dem Erben ein Haben zuwendet, sondern vorzüglich darin, daß er ihn, den Erben, nach seinem Willen handeln läßt und hierdurch die Fortdauer seines Willens nach und trotz seinem Tode erweist. Und gerade, sagten wir oben (S. 101, 110 fg.), je mehr die Handlungen, die dem Erben aufgegeben werden, gegen dessen eigenes Interesse gehen, wie die Erschöpfung des ganzen Vermögens durch Legate, desto mehr erweist sich hierin der Triumph und die Fortdauer des erblasserischen Willens. Der Fiduziar, welchem der Erblasser ein solches Tun aufgibt[1]), steht darin ganz und gar in Übereinstimmung mit dem Begriff des echten Erben, und ist darum ein solcher. Daß ihm auferlegt wird, alles abzugeben, verletzt sein materielles Recht nicht, da es auch bei der nicht-fideikommissarischen Erbschaft der Fall sein kann. Ein Unterschied aber ist allerdings vorhanden. Der Erbe bei der nicht-fideikommissarischen Erbschaft gibt das gesamte Vermögen nur in der Form von lauter einzelnen Gegenständen ab, über welche verfügt worden ist, und die, in dieser Vereinzelung genommen, gar keine andere Beziehung zum Erblasser haben, als einzelne der Herrschaft seines Willens unterworfene Objekte zu sein, ja für welche nicht einmal diese schon vorhandene Beziehung zum Erblasser notwendig und somit auch nicht, wenn sie auch da ist, charakteristisch ist, denn er kann ebenso gut über eine seinem Willen nicht unterworfene fremde Sache verfügen (Legatum rei alienae). Was also durch Legate abgegeben wird, sind schlechterdings nur Gegenstände als solche. Anders beim Fiduziar. Er soll nicht das in seine einzelne Gegenständlichkeit aufgelöste

[1]) Vgl. Inst. pr. de codic. (2, 25) . . . quibus ab Augusto petiit *per fideicommissum*, ut *faceret aliquid*.

Vermögen, sondern das Vermögen als Ganzes, die hereditas, herausgeben. Werden aber die Vermögensgegenstände so in ihre einfache Totalität zusammengefaßt, als das Vermögen des Erblassers, so erlangen sie durch diese einfache Einheit, in der sie gesetzt werden, einen Widerschein von Subjektivität und einen Reflex der Willenspersönlichkeit des Erblassers, die ihnen früher fehlte. Sie werden zwar hierdurch noch nicht (s. oben S. 46) zur Grenze und zum Inhalt dieses Willens, aber sie werden jetzt zur „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" des Erblassers, und so wenig diese, in welcher man bisher irrig den Begriff des Erbrechtes gesehen hat, mit der Willenspersönlichkeit zusammenfällt, und so wenig letztere in sie aufgeht, so ist sie doch das Abbild, der Widerschein und das unmittelbare Dasein dieser Willenspersönlichkeit in der Sphäre des Vermögens. Die Vermögensgegenstände, statt in ihrer gegenständlichen Form als das Ganze des Erblassers gesetzt, sind der Leib und die unmittelbare Realität seiner Willenssubjektivität. Die Zumutung an den Erben, alles abzugeben, in dieser Form (der einfachen Totalität) ausgesprochen, enthält also allerdings eine formelle Verletzung seines Rechtes, denn er soll die Realität jener Willenssubjektivität als solche abgeben und soll doch selbst die fortdauernde Realität derselben sein. — Weil die Zumutung das materielle Recht des Erben nicht verletzt, kann sie überhaupt in der Sitte um sich greifen; sie kann — was nur hierdurch erklärlich ist — bei den Erblassern gebräuchlich werden und auf ihre Erfüllung durch den Erben rechnen. Weil aber die Zumutung das formelle Recht des Erben verletzt, kann sie nicht peremtorisch und mit Rechtszwang, sondern nur bittweise gestellt werden und muß

sich der Formeln: peto, rogo, volo, fideicommitto[1]) bedienen.

Wenn also seit Augustus die fideikommissarische Restitution erzwingbar wird, so ist hierin ein Doppeltes gegeben.

Zunächst liegt darin ein Sieg jenes alten materiellen Rechtes des Erblassers über das formelle Recht vor. Jene alte Anschauung von der Spaltung des Erben als Willenserben und des Vermögensnehmers, im eigentlichen Erbrecht ungefähr gleichzeitig durch die lex Falcidia besiegt und geschlagen, rettet sich in die Sphäre der fideikommissarischen formlosen Freiheit und Freiwilligkeit als in ihren letzten Zufluchtsort und gibt sich — ein spekulativer Gegensatz vom höchsten Interesse — nun gerade in dieser Sphäre der Freiwilligkeit erzwingbares Dasein[2]).

Und in hohem Grade sind interessant die Worte, mit welchen uns die Institutionen die Entstehung dieser Zwangsrestitution berichten. Nachdem Augustus in einigen Ausnahmsfällen eingeschritten sei, so sei dies „quia justum *et populare* erat" zur dauernden Jurisdiktion geworden. So populär war also — das gewöhnliche Gerede von der Pietät ohne weiteren substantiellen Inhalt reicht durchaus nicht aus, dies zu erklären; denn Pietät hat man zu allen Zeiten gehabt, und doch, von welcher anderen Nation und Zeit, als der römischen, würde man

---

[1]) Gajus, Comm., II, § 249. Darum sagt Ulpian, Fragm. XXV, 1: „Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex *rigore juris civilis,* sed *ex voluntate* datur *relinquentis.*" Der Gegensatz „ex voluntate relinquentis," der befremden kann, da ja alle testamentarische Verfügung aus dem Willen des Verstorbenen stammt, zu der Strenge des Erbbegriffes, der er formell widerspricht, ist so erst ganz verständlich.

[2]) Siehe hierüber oben S. 137 fg.

dies sagen können? — so populär und hartnäckig war also noch damals jene uralte römische Anschauung von der gänzlichen Trennung zwischen Erben und Vermögenserwerb, daß, nachdem dieselbe eben im formellen Erbrecht durch die lex Falcidia besiegt, respektive auf eine quantitative Grenze eingeschränkt worden war, es bloß einiger willkürlicher Präzedenzfälle bedurfte, um sie, obwohl damals das SC. Trebellianum noch nicht bestand und der Fiduziar also durch die Schulden der Erbschaft noch ruiniert werden konnte, sofort und ohne eigentliches Gesetz, durch ihren bloßen, dem Volksgeist entsprechenden Charakter (populare), im Reiche fideikommissarischer Freiheit, welches hierdurch seinen ganzen Charakter formloser Freiwilligkeit verliert, sich ein erzwingbares Dasein geben zu sehen. Aber in diesem letzten Siege jener alten Anschauung liegt auch bereits wegen jener Verletzung der Form der dialektische Keim zu ihrem letzten Untergange.

Denn indem jetzt das Ganze des persönlichen Vermögens, die hereditas, zu einem erzwingbar-abgeblichen geworden ist, wird sie andererseits wie ein Legat behandelt, und es hat sich also gerade dadurch die Identität von hereditas und Vermögenszuwendung (Legat) auch im Fideikommiß hervorgetan. Ist aber erst diese Identität zwischen hereditas und Vermögenszuwendung auch im Fideikommiß zum Vorschein gekommen, so muß somit auch der Fiduziarerbe als Vermögenserbe behandelt werden, und es liegt also gerade in dieser gänzlichen Rechtlosigkeit des Fiduziars der Keim zu seinem höchsten Rechte, es liegt gerade in dieser letzten Aufrechterhaltung der Spaltung zwischen Erben und Vermögensnehmer ihre letzte und entscheidende Niederlage, oder es liegt gerade in der Erzwingbarkeit der Restitution

der dialektische Keim zu dem SC. Pegasianum, welches die durch die lex Falcidia gegebene notwendige Vermögenserfüllung des Erben auch auf den Fiduziarerben ausdehnt.

Es hat sich uns also jetzt auch das Fideikommiß und seine gesamte geschichtliche Entwickelung als der Kampf des von uns aufgestellten Erbbegriffes mit der Anschauung des Erben als eines notwendig materiell Bedachten dargetan. Wie das prätorische Testament, seine Form der Erbeinsetzung und die ihm gestatteten Bedingungen, wie das materielle Recht der testamenta calatis comitiis und seine regelmäßige Anwendung, nebst den später hieraus hervorgehenden Gesetzen, der Furia, Voconia, Falcidia, wie die Form und Bedeutung des testamentum per aes et libram, so hat sich uns auch das Fideikommiß und sein historischer Verlauf erwiesen, nichts als das Dasein und die Bewegung jenes spekulativen Begriffes des Erbtums als der Hervorbringung der individuellen Willensunsterblichkeit zu sein.

X. Die testamentifactio und ihre Bedingungen. Das Testament ein Produkt des historischen Geistesbegriffes des römischen Volkes und die testamentifactio darum juris publici. — Die querela inofficiosi.

Von diesem spekulativen Zentrum aus, daß der Erbe nur die Bedeutung hat, den Nichtuntergang des subjektiven Willens darzustellen, indem er durch sich selbst wie durch den Erblasser gesetzt wird als die reine subjektive Willensidentität mit diesem, und

zwar nicht dem erblasserischen Vermögen, sondern der gesamten Außenwelt gegenüber, daß er deshalb auch das erblasserische Vermögen durchaus nicht notwendig für sich erwirbt, sondern dies nur dann, wenn keine Vermögensverfügungen getroffen sind, daß aber das Treffen von solchen die echte Betätigung der Willensfortdauer des Erblassers ist, indem er den Erben dadurch nicht haben, sondern handeln läßt und so sich selbst, wie bei Lebzeiten, weiter als der Willensherr über das Vermögen erweist, daß endlich der Triumph dieser Anschauung gerade darin bestehen wird, den Erben zu enterben, weil gerade durch die von jeder Vermögenszuwendung entblößte Position des Erben die siegreiche Fortdauer des erblasserischen Willens, die reine, interesselose Willensidentität des Erben mit ihm, der ideale begriffliche Charakter des Institutes am schärfsten und härtesten hervortritt, und daß daher diese harte Abstraktion den charakteristischen Zug des römischen Geistes und das Moment der Reibung in der Geschichte seines Erbrechtes bilden wird, — von diesem Zentrum aus, und nur von ihm aus, begreifen sich alle Erscheinungen, Teile und Sätze des römischen Erbrechtes, wie dies die Folge noch weiter zeigen wird. Die dunkelsten Gestaltungen desselben, die am weitesten voneinander abliegenden und scheinbar positivsten und willkürlichsten Verzwickungen desselben erweisen sich als die Adern eines organischen Leibes, welche durch die flüssige Dialektik dieser sich durch sie hindurchtreibenden Seele im engsten und innersten, sich gegenseitig erzeugenden Zusammenhange miteinander stehen. Die Gliederung dieses Begriffes gibt die Dogmatik des römischen Erbrechtes. Sein Kampf und seine durch die eigene Härte seiner Abstraktion hervorgebrachte Reibung gibt die Geschichte desselben,

welche in einem allmählichen Erliegen dieses Begriffes und in der Annäherung seiner an die besonders in der Form der Billigkeit sich geltend machende Vermögenserfüllung des Erben besteht. Aber noch bis in die spätesten Zeiten bleibt das Erbrecht, da es nie den Zusammenhang mit seiner Wurzel gänzlich verliert, stets von diesem Begriffe bestimmt und durchdrungen.

Wir haben dies zunächst nun an den Regeln über die Testamentsfähigkeit und einigen damit zusammenhängenden Vorschriften zu zeigen.

So spricht sich zuvörderst ein sehr richtiges, instinktmäßiges Erfassen der eigenen historischen Bedeutung seines Volksgeistes darin aus, daß, so nahe der Irrtum lag[1]), das Testament für juris gentium zu halten, der Römer die Fähigkeit, zu testieren, an die römische

---

[1]) Der Irrtum, das Testament für naturrechtlich zu halten, welcher seit alten Zeiten so lebhafte Kontroversen hervorrief und heutzutage wieder besondere Gunst zu gewinnen scheint, muß bereits von selbst durch unsere gesamten Entwickelungen des testamentarischen Erbrechtes seine einzige wahrhafte, weil objektive Widerlegung empfangen haben und weiter empfangen (vgl. oben S. 163). — Dies wird beiläufig auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß Ulpian (Fragm. XX, § 14) bei dem Peregrinen das Recht anzuerkennen scheint „ut adversus leges civitatis suae testetur"; denn der Peregrine wird hierdurch nicht bloß darauf angewiesen, wie das Gesetz seines Staates fordere, zu testieren, sondern auch darauf, wann das Gesetz seines Staates ein Testamentsrecht kenne, in welchem Falle ihm dasselbe natürlich nicht verkümmert werden kann. Und indem Ulpian dabei ausdrücklich hervorhebt, der dedititius könne absolut nicht testieren, weil er gar keinem bestimmten Staate angehört: „nec *quasi* peregrinus, quoniam *nullius certae civitatis* civis est," tritt gerade das zivilistische, politische Wesen des Testamentsrechtes aufs deutlichste hervor.

Zivität als ihre Bedingung bindet. Nur wer in diesen bestimmten Volksgeist aufgenommen ist, ist dieser Willensunendlichkeit teilhaft[1]), welche erst das historische Produkt und den eigentümlichsten Inhalt der

[1]) Mit Unrecht meint daher Savigny (System, VIII, 452), daß die testamentifactio im obigen Sinne, als Testierfähigkeit, diejenige Standeseigenschaft im römischen Staate bedeutet, welche „fähig macht zur Manzipation, als der Grundform der römischen Testamente."

Wie nämlich die Bedeutung des Testamentes, wenn auch die Manzipation seine Form ist, noch über die bloße Manzipation hinausgeht, so muß — wenn der obige Begriff konsequent festgehalten und richtig sein soll — auch zum Testament eine über die bloße Manzipationsfähigkeit noch hinausgehende Fähigkeit und Standeseigenschaft erforderlich sein, die Fähigkeit, einen anderen subjektiven Willen zum idealen Träger und Erhalter seiner selbst zu setzen, eine Eigenschaft, welche der diese Anschauung hervorbringende römische Volksgeist mit Recht schlechterdings nur in den seines eigenen Bewußtseins Teilhaftigen erblicken kann und daher an die römische Zivität binden muß. Es wäre also für den Begriff erforderlich, daß die Testierfähigkeit noch nicht gegeben sei mit dem commercium, welches zur Manzipation allerdings berechtigt, und daß also nicht, wie Savigny a. a. O. sagt, die testamentifactio in diesem Sinne „gleichbedeutend mit commercium" sei. Und wäre dem so, so wäre hierdurch wiederum bewiesen, daß, was im Testamente vor sich geht, jene ideale Identifizierung und nicht eine Vermögenshandlung sei; denn zu allen nach jus civile möglichen Vermögensrechten ist die Fähigkeit durch das commercium gegeben. Nun verhält es sich aber auch wirklich so, wie wir hier sagen. Der Beweis liegt in Ulpian, Fragm. XIX, § 4, vor. Nicht von dem Latinus Junianus wollen wir sprechen; denn die ihm fehlende Testierfähigkeit — die testamentifactio im Sinne der Testamentszeugenschaft hat er — kann lediglich darauf zu beruhen scheinen, daß bei seinem Tode das Vermögen dem Patron gehören soll, obgleich auch bei ihm seine Unfähigkeit, selbst Erbe

römischen Geistesstufe bildet und daher ebenso streng national ist, wie etwa die religiöse Mission der Juden. Der Peregrinus, die Latini Juniani und die dedititii haben daher dies Recht nicht[1]).

---

zu werden, gleichfalls auf einen noch anderen Grund hinweist (vgl. Nr. XXXIII). Aber entscheidend ist, daß Ulpian daselbst unter den Manzipationsfähigen auch die Peregrinen aufzählt, welchen ausnahmsweise das commercium gegeben sei: „Mancipatio locum habet inter cives Romanos . . . *eosque peregrinos,* quibus *commercium* datum est." Testierfähig sind dagegen die peregrini schlechterdings nicht; Ulpian, Fr. XX, § 14, und XXII, § 2. Testierfähigkeit und Manzipationsfähigkeit (oder commercium) decken sich daher durchaus nicht und spielen eine sehr verschiedene Rolle im römsichen Geiste. [So wird man schon von selbst fühlen, daß, wenn (s. oben Anm. 1, S. 36) römische Dichter ausrufen können: „Semper caveto ne sis intestabilis," man doch gewiß nicht bei ihnen etwa einen ähnlichen Ausruf über die Manzipationsfähigkeit würde finden können.] Ebenso bleibt der, welcher zur Strafe intestabilis wird (quem lex improbum intestabilemque esse jubet; s. Inst., § 6 de test. ord. 2, 10), darum immer noch manzipationsfähig. — Man sieht, daß man aus der Manzipation als solcher viel zu viel für dasselbe zu erklären gesucht hat.

[1]) Siehe Ulpian, a. a. O. — Wenn Gans dies so begründet (II, 156): „Das Testament ist der Wille des Römers in der Sphäre seines Vermögens; es versteht sich also von selbst, daß Nichtrömer kein Testament machen können," so ist das nur eine petitio principii und keine Begründung. Einmal enthält der Vordersatz eben jenen bisherigen Irrtum über das wahre Wesen des römischen Erbrechtes, den wir nun bereits widerlegt zu haben hoffen und bei dessen Festhaltung die Bedingung der Zivität durchaus nicht genügend zu erklären wäre, und zweitens folgt der zweite Satz durchaus nicht selbstverständlich aus dem ersten. Denn wäre das Testament wirklich nur der Wille in der Sphäre des Vermögens, also eine Vermögensverfügung, so müßte vielmehr mindestens jeder, der commercium hat, zu derselben befähigt sein; s. die vorige Anmerkung.

Weil aber der Begriff des Erbtums gerade die geistige Identität zwischen Erblasser und Erben ist, das Erbverhältnis somit schon äußerlich sich als Gleichung a=a darstellen läßt, so können nicht Ungleiche einander gleichgesetzt werden, oder es ist mit anderen Worten, um dies schon hierher zu nehmen, dieselbe Fähigkeit, wie zum Testieren, auch erforderlich, um zum Erben eingesetzt werden zu können[1]. Die eben Genannten können daher auch nicht Erben werden[2].

Wenn aber die Teilnahme am römischen Volksgeiste, welcher die Anschauung dieser Unsterblichkeit des subjektiven Willens erst aus seinem eigensten Wesen erzeugt hat, deshalb die notwendigste und erste Bedingung aller Testierfähigkeit ist, so begreift sich nun erst deutlich, warum jede, auch nur temporäre, Aufhebung dieses geistigen Verhältnisses die Fähigkeit zu testieren aufheben muß. Dieser Zusammenhang mit römischem Volksgeist ist aber suspensiert, wenn ein Römer in die Gewalt und Botmäßigkeit eines fremden Volksgeistes geraten ist. Und darum kann der vom Feind gefangene Römer kein Testament machen[3], und ebensowenig die einem fremden Volke gegebenen Geiseln[4]. Man muß sich aber hüten, zu glauben, wie scheinbar sehr nahe liegen kann, daß diese Unfähigkeit des Gefangenen in der Rück-

---

[1]) Ulpian, Fragm. XXII, 1: „Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent."

[2]) Cicero pro Caecina, c. 35; Ulpian, a. a. O.; Gajus, Comm., II, 110.

[3]) L. 8 pr. qui test. fac. poss. (28, 1); § 5, Inst. quibus non est perm. (2, 12); Ulpian, Fr. XXIII, 5. — Nicht einmal der miles, der überall ausgenommen ist, genießt hier eine Ausnahme; L. 10 de test. mil. (29, 1).

[4]) L. 11 qui test. fac. poss. (28, 1).

sicht auf die in der Gefangenschaft vielleicht gefährdete Freiheit und Selbständigkeit seines Privatwillens ihren Grund habe[1]). Sie hat vielmehr durchaus nur jene objektive und streng spekulative Bedeutung des durch die völkerrechtliche Gewalt eines fremden Staates suspendierten Zusammenhanges mit dem objektiven römischen Volksgeist. Und der scharfe Beweis hierfür liegt darin, daß der von Räubern gefangene Römer, obgleich die Freiheit seines Privatwillens hier ebenso, ja noch weit mehr, zumal in bezug auf das Vermögen, gefährdet sein kann, dennoch, weil er hier keinem fremden Volksgeist gegenübersteht, Räuber vielmehr nur eine faktische, nicht völkerrechtliche Gewalt darstellen, jene ideale Gemeinschaft im rechtlichen Sinne also nicht unterbrochen ist, deshalb die volle Fähigkeit zu testieren behält[2]).

Wenn so die Teilnahme an der Substanz des gemeinsamen historischen Volksgeistes die erste und wesentlichste Bedingung der Testierfähigkeit war, so hat sich jetzt hierdurch von selbst einer der wichtigsten und inhaltsschwersten Sätze beiläufig erklärt, der Satz: „Testamentifactio non *privati*, sed *publici juris*, est[3])." Man hat diese der modernen Auffassung so widersprechende Anschauung, daß das Testament zum öffentlichen Recht gehöre, allgemein damit zu erklären gesucht, daß es ein formalistisches Überbleibsel des alten Komitien-

---

[1]) Wie selbst Gans glaubt (II, 157), das Testament des Gefangenen sei ungültig, „da ihm sein allgemeiner Boden, der freie Wille, abging."

[2]) Marcianus, L. 13 pr. qui test. (28, 1): „Qui a latronibus capti sunt, quum libri manent, possunt facere testamentum."

[3]) Papinian. L. 3 D. h. t.

testaments sei, durch welches das Testament selbst die Form eines Gesetzes erhalten habe. Man übersieht nur bei dieser Art von Erklärungen das beständig sich wiederholende ὕστερον πρότερον, daß die angebliche Erklärung wiederum eine solche, und zwar gerade das zu Erklärende zu seiner eigenen Erklärung voraussetzt. Denn daß Testamente in den Volksversammlungen gemacht werden — also die ganze Form und Entstehungsmöglichkeit des testamentum calatis comitiis —, ist wieder nur dann wahrhaft begreiflich, wenn das Testament als Sache des öffentlichen Geistes aufgefaßt wird[1]). Jetzt kann auch der scheinbar entgegenstehende Ausspruch des Cicero[2]): „In *publicis* nihil est lege gravius, in *privatis* firmissimum sit testamentum", weder eine Schwierigkeit bilden, noch eine Änderung dieser Anschauung zur Zeit Ciceros zu bekunden scheinen. Denn der bestimmte Gebrauch, der von der Testamentsfähigkeit gemacht wird, ist allerdings Privatsache; aber das Dasein der Testamentsfähigkeit überhaupt, die Formen, in denen ein Testament errichtet werden kann, ja sogar dies, daß überhaupt Testamente gemacht werden, ist Sache dieses bestimmten Volksgeistes, dessen innerstes ideales Wesen diese Willensunendlichkeit als seinen notwendigen Ausdruck hervorgebracht hat, ist also Sache des öffentlichen Geistes. Das Testament ist für das römische Volk der Kultus seines eigenen Wesens und geht daher, wie jede andere Kultushandlung, nicht nur in der Volksversammlung und unter dem Beisein der

---

[1]) Zu dem hier Folgenden vgl. man das sub Nr. XV: „Das Vindikationslegat. Der Testator ein Gesetzgeber," weiter hierüber Nachgewiesene.

[2]) Philipp., II, 12.

Pontifices[1]), sondern in den ausdrücklich nur zu religiösen Zwecken[2]) (quae *pro collegio pontificum* habentur) zusammengerufenen Komitien vor sich[3]). Es ist ein Kultusakt, sagen wir, denn es ist die höchste Selbstbetätigung seines allgemeinen Volksgeistes, zu der der Römer es bringt, und schon alles das ist Kultus und religiöser Natur, worin ein Volk den öffentlichen Geist feiert, der es durchdringt. Es ist aber auch reli-

---

[1]) Gellius, Noct. att., XV, c. 27: „In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere, *Calata Comitia* esse *quae pro collegio pontificum* habentur, aut *Regis Sacrorum aut Flaminum inaugurandorum causa* . . . iisdem comitiis quae calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant."

[2]) Es versteht sich bei unserer Auffassung von selbst, daß wir die von Dernburg auf einem anderen Wege gut entwickelte Ansicht teilen, in der Komitienform dieser Testamente eine bloße Solennität, ohne Abstimmungsrecht des Volkes, zu erblicken, eine Ansicht, von der Gans mit Unrecht wieder abgegangen ist.

[3]) Hierin also liegt der organische Grund des öffentlichen Testierens in den Komitien, nicht in dem „Beweis moralischer Selbständigkeit," den Jhering (Geist des römischen Rechtes, T. II, Abt. 1, S. 13) in der öffentlichen Testamentserrichtung erblicken zu wollen erklärt. Die öffentliche und die geheime Testamentserrichtung kann derartige Wirkungen haben, daß die erstere die moralische Selbständigkeit, die zweite die Feigheit begünstigt — weiter als zum Begünstigen ist selbst in den Wirkungen dies Moment nicht zu führen, und nie wird ein Volk aus solchen Einrichtungen Selbständigkeit oder Feigheit empfangen, wenn sie nicht zuvor im Volksgeist liegt —; aber niemals ist in solchen verständigen Reflexionen und pädagogischen Selbsterziehungsmotiven der Grund für die Einrichtungen eines Volkes zu erblicken, der vielmehr nur aus der organischen Funktion des Institutes im Volksgeist abgeleitet werden kann.

giöser Akt im intensivsten Grade, denn was der Römer hier feiert, ist ja nichts anderes, als diese spezifische Selbstgewißheit des römischen Geistes, diese intensivste religiös-metaphysische Grundanschauung desselben, sich in dem Erben über den Tod hinaus die bleibende Fortexistenz seines Willens zu geben.

Weil aber doch jeder einzelne Testamentsfall immer nur ein einzelner bestimmter Gebrauch von der Testamentsfähigkeit, und insofern also Privatsache ist, so kann die Anfertigung des Testamentes zwar auch privatim erfolgen und die Leichtigkeit dieses Modus das testamentum calatis comitiis verdrängen. Dann aber tritt das Bewußtsein, daß das Testament ein Ausfluß des öffentlichen Geistes sei, sowohl in der symbolischen Anrede „Quirites" an die das Volk repräsentierenden fünf Zeugen[1]) hervor, als durch die solennelle Formel des familiae emptor: „... quo tu jure testamentum facere possis *secundum legem publicam*[2])"; endlich aus den Residuis der religiösen Gebräuche[3]).

[1]) Bereits Dernburg (a. a. O., S. 23, Note 21) hat die Bemerkung gemacht, daß diese Anrede vom testamentum calatis comitiis herrühre.

[2]) Gajus, II, § 104.

[3]) Bekannt ist der Gebrauch, die Testamente in den Tempeln, und zwar in dem größten Heiligtume Roms, dem Vestatempel, aufzubewahren; s. Tacitus, Annal., I, Kap. 8; Suetonius, Caes., 83; Ulpian, L. 3, § 3, de tab. exh. (43, 5): „Proinde et si custodiam tabularum *aedituus* vel tabularius suscepit." — In bezug auf das aes bei dem Testament per aes et libram mag es für die ursprünglich religiöse Bedeutung desselben (wie für die eherne Wage) hinreichen, auf die Stelle des Macrobius, Saturn., V, Kap. 19, S. 135 fg., hinzuweisen, welche beginnt: „Omnino autem ad rem divinam pleraque aenea adhiberi solita sunt, multa indicio sunt; et in his maxime *sacris* quibus *delinire* aliquos aut *devovere* etc."

Hieraus folgt sofort ein Weiteres. Die Willensfortfortdauer ultra mortem, welche das Wesen des Testamentes ausmacht, und die Willensidentifikation zwischen Erblasser und Erben, durch welche sie bewirkt wird, indem ein anderes Ich als das fortdauernde eigene Ich gesetzt wird, beruht also nicht auf dem Konsens des bloßen Privatwillens zwischen Erben und Erblasser, welcher bloße Privatwille vielmehr zur Hervorbringung eines so metaphysischen Aktes ganz unfähig wäre, sondern diese Identifikation schöpft ihre Kraft, die Kraft, sich hervorzubringen, wie schon alles Bisherige zeigte, nur aus dem geistigen Wesen des gesamten Volkes, aus dem Wesen des öffentlichen Geistes somit — und also aus der Solennität der Formel des öffentlichen Rechtes, welche diese Identifizierung erst bewirken soll.

Schön läßt diese Produktivkraft der Formel der Kirchenvater Clemens von Alexandrien hervortreten in einer Stelle[1]), die wir schon oben berührt haben. So gequält auch in den Einzelheiten sein Vergleich ist zwischen dem biblischen Zusammentreffen Jesus mit dem Täufer und dem Akt des römischen Manzipationstestamentes, so geht doch schon selbst durch diesen Vergleich der beiden gemeinschaftliche Atemzug hindurch, daß es sich in jenem Zusammentreffen wie in der Handlung dieses Testamentes um geistige Fortsetzung eines Individuums durch ein anderes, und zwar um eine gegenseitige Anerkennung ihrer in diesem geistigen Fortsetzungsverhältnis handelt. Wenn der Kirchenvater also das biblische Begegnen Jesus mit dem Täufer, weil dieser ihn als seinen größeren und vorherverkündeten geistigen

[1]) Strom. V, c. 8, p. 574, ed. Syll.

Fortsetzer, den er deshalb nicht taufen könne, für eine symbolische Darstellung desselben, was in dem römischen Testament *per aes et libram* geschehe, erklärt, so zeigt sich darin allerdings, wie sich der alte Kirchenvater ein weit tieferes Verständnis des römischen Manzipationstestamentes gerettet hat, als alle Juristen miteinander[1]). Besonders aber zwei Punkte sind es, die bei seiner hierauf folgenden Darstellung dieses Testamentes von Interesse sind.

Clemens sagt: symbolisch (*ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων*) habe hier das bei den Römern in dem Testa-

---

[1]) Und beiläufig: wenn Clemens das „historische" Zusammentreffen des Täufers mit Jesus (Matth. 3, 14), des letzteren Verlangen, von ihm getauft zu werden, des Täufers Weigerung, weil er vielmehr nicht würdig sei, Jesus die Schuhriemen aufzulösen, für eine „symbolische Darstellung" (*ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων*) dessen erklärt, „was bei den Römern in ihrem Testament geschieht," also für eine symbolische Darstellung der geistigen Fortsetzung, welche der Standpunkt Jesus zu dem Standpunkt des Täufers bildet, und der gegenseitigen Anerkennung als solche, — wie weit ist denn da der Kirchenvater noch von Bruno Bauers Evangelienauffassung entfernt? Worin unterscheidet sich seine Auffassung hierbei von der Auffassung dieses Zusammentreffens bei Bruno Bauer, Kritik der Synoptiker, I, 240 fg., welcher dasselbe auf die ideale Wahrheit zurückführt: „Nachher, aus der Kraft ihres Selbstbewußtseins heraus, können und werden immer die Späteren die Mächte, die auf dem Schauplatz ihrer Tätigkeit galten, anerkennen und als ihre Vorläufer zu würdigen wissen." Aber dieses „ideale Zusammentreffen des Früheren und des Spätergekommenen in der Erinnerung und Anerkennung des letzteren genügt dem religiösen Bewußtsein der Gemeinde nicht," weshalb dieselbe in ihrem Pragmatismus diesen inneren Zusammenhang in einen geschichtlichen Vorgang verkehren müsse.

ment Geschehende platzgegriffen *καί τὰ παρὰ Ῥωμαίοις ἐπὶ τῶν διαθηκῶν γενόμενα τάξιν εἴληχε*) und schildert letzteres als in folgende drei Momente zerfallend: „*τὰ διὰ δικαιοσύνην ἐκεῖνα ζυγὰ καὶ ἀσσαρία, καρπισμοί τε, καὶ αἱ τῶν ὤτων ἐπιψαύσεις*", „jene Wagen und Asse, der Gerechtigkeit halber, dann die Manzipationen, und die Berührungen (Einströmungen) der Ohren", und diese drei Momente erklärt er wieder so: „*τὰ μὲν γὰρ, ἵνα δικαίως γίνηται· τὰ δε, εἰς τὸν τῆς τιμῆς μέρισμον· τὸ δ'ὅπως ὁ παρατυχὼν, ὥς βάρους τινος αὐτῷ ἐπιτιθεμένου, ἑστὼς ἀκούσῃ καὶ τάξιν μεσίτου λάβῃ*", „das Erste nämlich (die Wage), damit es gerecht vor sich ginge; das Zweite (die Asse) zur Teilung der Ehre (die haben wir schon oben S. 159 betrachtet); das Dritte aber (die Einströmungen, Berührungen, Streifungen der Ohren), damit der Dabeistehende[1]), wie indem eine gewisse Schwere (Last, Gewicht) auf ihn eindringe, stehend höre und die Rolle des Mittlers nehme".

Diese Einströmungen der Ohren, diese, wie Clemens nochmals hervorhebt, sinnliche Schwere, mit welcher das gesprochene Wort der feierlichen Formel des öffentlichen Rechtes sich wuchtend auf das Ohr niederläßt und in es ergießt, — dies ist es, welches zustande bringt, was durch den Akt zustande gebracht werden soll. Diese Produktivkraft der Formel ist es, welche ihr wahres, stets übersehenes Wesen bildet. Nicht als Darlegung des Privatwillens, als Willenserklärung, kommt sie in Betracht. Dies ist

[1]) Die Interpretatoren beziehen diesen auf den Antestatus; vgl. über diesen Priscian, VIII, 4, p. 792, ed. Putsch.; Lachmann in der Zeitschrift für geschichtliches Rechtswesen, XI, 117; Böcking, Pand. d. röm, Privatr., I, 178.

nur nebenbei der Fall, indem ohne diese Einwilligung der Sprechende sie nicht sprechen würde. Aber dies ist nicht ihr Wesen; denn wo diese Privatwillenserklärung für sich allein hinreicht, da liegt nicht Formel, sondern formlose Willenserklärung vor, d. h. in jeder beliebigen Form kann der Privatwille erklären und erreichen, was er für sich allein zu erreichen vermag. Das Wesen der Formel liegt in jener ihr einwohnenden Produktivkraft, durch ihre Verlautbarung das zu wirken und zu bewirken, was dem Konsens der Privatwillen für sich allein zu bewirken unmöglich wäre, das, was nur aus dem Wesen dieses Volksgeistes folgt, im vorliegenden Fall die Identifikation zweier Willenssubjektivitäten. Wie in der Anrufung des Gottes durch den Priester in der Gemeinde der Gott lebendig wird und wirksam hervortritt, so tritt der durch die Verlautbarung der Formel angerufene öffentliche Geist dieses Volkes wirksam und produzierend hervor und bringt zustande, was zustande gebracht werden soll[1]).

[1]) Diese Produktivkraft der Formel ist, wie aus dem Obigen von selbst folgt, auch der alleinige und wahrhafte organische Grund alles altrömischen Formelwesens überhaupt, welcher auch noch von dem geistreichen Jhering in seiner interessanten Abhandlung über den römischen Formalismus (Geist des römischen Rechtes [Leipzig 1858], T. II, Abt. 2, S. 496—695), nicht weniger als von seinen Vorgängern, gänzlich unbeachtet gelassen worden ist. Es muß dies bereits vollkommen durchsichtig sein und die Bedeutung ganzer Rechtsgebiete und Rechtseinteilungen von hier aus, als ihrem geistigen Zentralpunkt, in volle Helle treten. Nur was das Individuum aus seinem bloßen Privatwillen, aus seiner allgemein-menschlichen, naturrechtlichen Willensfähigkeit hat, d. h. also nur alles, was es ex jure gentium hat, ist formlos, vom Formelkultus befreit; alles dagegen, was es nur aus dem Wesen dieses bestimmten Volksgei-

Wer sich also an der Formel nicht beteiligen kann, wer die auf den Erblasser kommende Hälfte nicht sprechen, die auf den Erben fallende Hälfte nicht hören kann, der kann, wie konsensfähig er immer sei, diese Identifizierung nicht hervorbringen, und darum können weder der Stumme noch der Taube[1]) ein Testament machen.

---

stes als seinem spezifischen produzierenden Faktor hat, alles also, was es ex jure Quiritium hat, ist dem Formeldienst unterworfen — und so ist denn mit diesem einen Satze der eigentliche Sinn jener Einteilung von jus gentium und jus proprium Romanum, sein inneres Verhältnis zur Einteilung von jus naturale und civile, das Formelwesen altzivilistischen Rechtes, die Notwendigkeit der Formeln bei den quiritarischen Erwerbsarten, der alte Prozeßformalismus usw., und die Geschichte dieses immer mehr verschwindenden alten Formalismus gegeben. — Die Wahrheit des Gesagten beweist sich aber, wenn noch ein Beweis nötig wäre, auch in folgender Weise: Alles Formalwesen ist *jus*, jus in jenem strengen Sinne, in welchem es die römischen Juristen der voluntas (Privatwillen) entgegensetzten; das jus in diesem Sinne ist es aber, welches sie zugleich mit dem *jus publicum* identifizieren (siehe die Bd. I, S. 76, Note 1, angegebenen Stellen und Autoren), und so tritt denn schon hiernach das öffentliche Recht, der öffentliche Geist, als der in der ihm entflossenen Formel des Privatrechtes wirkende und produzierende Faktor hervor.

[1]) Ulpian, Fragm. XX, 13: „Mutus, surdus . . . testamentum facere non possunt; mutus, quoniam *verba nuncupationis loqui non potest,* surdus quoniam *verba familiae emptoris exaudire non potest.*" — Die Tiefe dieses von Ulpian angegebenen, durchaus nicht „formalistischen" Grundes, bei richtiger Auffassung desselben, liegt jetzt zutage, und es ist also durchaus irrig, wenn Gans (II, 552) die Worte Ulpians als eine bloß „äußere" Herleitung bezeichnet und den wahren Grund darin erblicken will, daß Taubheit und Stummheit „auf die Freiheit des Geistes Einfluß haben" und bei ihnen „die Vermutung einer Geistesschwäche, oder wenigstens die Vermutung

So erklärt sich denn jetzt auch, warum Cicero (de Oratore, I, c. 57), als er dem Redner Anweisung gibt, wie er zugunsten des von seinem Vater übergangenen miles das Testament des ersteren umwerfen solle, sagt: „... vel si causam ageres militis, patrem ejus, ut soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante oculos, complexus esset filium, flensque eum centumviris commendasset, lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut, totum illud, uti *lingua nuncupassit* non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur." Cicero läßt hier also den Redner gegen den Satz der zwölf Tafeln angehen: „*Qui nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, jus esto*" (s. Festus, v° Pec. nunc., Cicero de Offic., II, 16), während man, wie Dernburg, S. 103, Note 31, meint, zunächst erwarten sollte, daß er ihn würde gegen den bekannten anderen Zwölftafelsatz: „uti legassit paterfamilias etc. jus esto", als die Grundlage des Testamentsrechtes sich wenden lassen. Allein näher betrachtet, muß Cicero so verfahren. Der Satz uti legassit rüstet den Testator nur mit dem materiellen Testamentsrecht, mit der

vorherrscht, daß derselbe (der Taube, resp. Stumme) seinen Willen nicht deutlich ausdrücken könne." Aber freilich war es unmöglich, die Worte Ulpians richtig aufzufassen, solange man nicht wahrhaft begriff, warum und inwiefern das Testament juris publici sei, was sich wieder nur aus seiner Grundidee ergibt. — Zum Formalismus wird die Unfähigkeit erst, als das prätorische Testament auch das per aes et libram verdrängt hat und allein übrig geblieben ist. Jetzt ist diese Unfähigkeit um ihren Sinn gekommen, wird daher von Justinian nur bei vereinigter Stummheit und Taubheit aufrecht erhalten und von ihm so behandelt, daß es ersichtlich ist, wie er sie bereits in demselben mißverständlichen Sinne, wie Gans, auffaßt; s. L. 10 C. qui test. fac. (6, 22).

Befugnis aus, beliebig über sein Vermögen zu verfügen. Er kann so testieren. Die Kraft aber und Existenz des gemachten einzelnen Testamentes beruht auf dem Vollbrachtsein jener Identifikation und somit auf der sie vollbringenden Formel, also schlechterdings auf dem uti lingua nuncupassit. Es verhält sich somit nicht so, wie Dernburg meint, daß aus dieser Äußerung Ciceros „nicht undeutlich hervorzugehen scheine, daß es sehr gewöhlich war, die Kraft eines Testamentes aus dem Satze uti nuncupassit etc. abzuleiten". Sondern die Kraft des besonderen Testamentes, sein Dasein, kann stets und schlechterdings nur, und wir wissen jetzt warum, auf der die Identität bewirkenden Formel beruhen. Der Sinn Ciceros ist also: er läßt den Redner die Hörer so erschüttern, daß es ihnen vorkommt, als wäre dies Testament gar nicht gemacht worden; nicht aber, als hätte der Testator die Befugnis nicht gehabt, so zu testieren. Gegen diese allgemeine Befugnis braucht der Redner nicht anzugehen, und kann dies, zumal zu jener Zeit, wo die eben erst in der Entwickelung begriffene querela inofficiosi testamenti noch ganz auf der subjektiven richterlichen Kognition beruht (s. d. Abhandlung von Zimmern in seinen und Neustetels „Römisch-rechtliche Untersuchungen" [Heidelberg 1821], S. 48 fg.), auch gar nicht mit einer Aussicht auf Erfolg tun. — Durch die vorstehenden Bemerkungen ist aber — so sehr schlagen im römischen Recht formales und materielles Recht von selbst ineinander um — zugleich die ganze Entstehung, Bedeutung und Entwickelung der querela inofficiosi testamenti klar geworden. Diese charakterisiert sich eben dadurch, daß nicht die Befugnis des Testators angegriffen, sondern wegen der Unbilligkeit dieses Willens faktisch bezweifelt wird, daß das Testament Ausdruck eines wahr-

haften Willens sei (L. 2 u. 5 de inoff. test., 5, 2: „... *quasi non sanae mentis* fuisse, quum testamentum inique ordinaret"). Das Gemachtsein eines wahren Testamentes wird also in Abrede gestellt. Hierdurch erklärt sich, wie selbst in jener Zeit, wo bereits das Pflichtteil eingeführt ist und das Testament durch die Berücksichtigung desselben gegen die Inoffiziositätsquerel geschützt wird, dennoch die bei Nichtberücksichtigung des Pflichtteiles siegreiche Inoffiziositätsklage nicht die Ergänzung und Verabreichung des Pflichtteiles, sondern konsequent das Nichtdasein eines wahrhaften Testamentes und somit die — vielleicht zugunsten eines anderen als des obsiegenden Klägers eintretende — Intestaterbfolge nach sich zieht (s. Ulpian, L. 6, § 1, h. t.: „Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit [nemo enim eum repellit] et casu obtinuerit, *non ei prosit victoria*, sed his qui habent *ab intestato* sucessionem, nam *intestatum* patrem familias facit"). — Als Justinian dies abändert und verfügt (Inst., § 3 de inoff. test. 2, 18. — L. 30, § 2, L. 36 C. h. t., 3, 28), daß bei nicht vollständiger Hinterlassung des Pflichtteiles bloß dieses ergänzt, das Testament aber bestehen bleiben solle, so ist hierdurch — so notwendig die Inoffiziositätsquerel diese Entwickelung auch haben mußte — das testamentarische Erbrecht jetzt erst seinem Begriffe wahrhaft entfremdet und eine Schranke für die Befugnis des Testators und gegen das Recht des Erben (dessen, der auch Erbe bleibt) gezogen worden. Denn selbst die Einführung des Pflichtteiles, solange dies noch nicht erzwingbar ist, sondern seine Verletzung nur das Testament umstößt — womit also auch der eingesetzte Erbe überhaupt fortfällt —, hat noch nicht die Bedeutung, die Befugnis

der testierenden Willensfreiheit und die Fortsetzung seiner Totalität durch den Erben zu beschränken, sondern nur diese, durch die Verabreichung der legitima den objektiven Beweis von der normal-menschlichen Beschaffenheit des testierenden Willens, den Beweis gegen die Vermutung „quasi non sanae mentis" und somit von dem Dasein eines wahrhaften Testamentes zu geben. Indem jetzt aber auch der gültig eingesetzte Erbe, d. h. der als solcher bestehen bleibt, von dem Vermögen des von ihm fortgesetzten Testators gegen dessen Willen abgeben muß, ist jetzt der gesamte spekulative Erbrechtsbegriff zugrunde und, wie wir dies überall bei Justinian gesehen haben und weiter sehen werden, in menschliche Billigkeit untergegangen.

Wegen dieses bloß faktischen Zweifels, welchen die Inoffiziositätsquerel darstellt, muß, wenn der Zweifel selbst wieder zweifelhaft wird, die Vermutung zugunsten des Testamentes ausschlagen, d. h. so erklärt es sich, daß wenn, wie leicht vorkommen kann, der Intestaterbe gegen den einen Testamentserben vor den centumviris obgesiegt hat, gegen den anderen aber unterlegen ist, die Entscheidung zugunsten des Testamentes die gegen dasselbe ergangene besiegt und auch nicht einmal eine teilweise Reszission des Testamentes stattfindet (s. Marcellus, L. 10 de inoff. test. [5, 2]): „Sie pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, *humanius* erit, sequi ejus partis sententiam quae secundum testamentum spectavit." Das „humanius erit" wäre für unsere heutige Anschauung unbegreiflich, da es nach uns humaner gerade wäre, die Familie nicht zu enterben. Aber der Römer findet es, da die Querel nicht die Rechtsbefugnis des Toten, sondern seine Willensintegrität an-

tastet, ganz konsequent humaner, in diesem Falle des Zweifels dem Toten die Ehre der Annahme seiner Willensintegrität nicht zu versagen. — Daß auch nicht einmal eine teilweise Reszission des Testamentes erfolgt, hat nicht etwa seinen Grund in der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus etc. Denn einen Fall gibt es allerdings, wo diese teilweise Reszission des Testamentes eintritt — dann nämlich, wenn es der filius familias war, der gegen den einen Testamentserben siegte und gegen den anderen unterlag. Papinian, L. 15, § 2 h. t.: „Filius qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. *Nec absurdum* videtur, pro parte intestatum *videri.*"

Bei dieser absoluten Nähe der Personen, bei dieser natürlichen Identität, die den Testator mit dem filius verbindet, kann, wenn derselbe gegen den einen Erben einmal durchgedrungen ist, dieser Zweifel am testierenden Willen nicht mehr wie beim gewöhnlichen Intestaterben durch sein Unterliegen gegen den anderen heres erschüttert werden. Ebenso große Kraft hat aber noch der Erbbegriff, und der einmal als gültig eingesetzt anerkannte Erbe kann gleichfalls von keinem mehr überwunden werden. Hier platzen also die Gegenstände der natürlichen Identität und der abstrakten Willensidentität in ihrer größten Kraft aufeinander, und da keiner weichen kann, bleibt nichts übrig, als sich zu teilen. In diesem Falle aber entsteht nun die

Frage: Wie verträgt sich dies mit der Regel nemo pro parte? Die Erklärung, die Gans, II, 461, hiervon gibt — um anderer hier zu geschweigen —, ist nicht richtig. Denn wäre sie dies, so müßte sie notwendigerweise dazu führen, dies auch auf die Querel jedes Intestaterben, nicht bloß des filius, anzuwenden, während hier, wie wir eben aus Marcellus sahen, das Gegenteil stattfindet. Auch würde sie innerlich nur auf die Erkämpfung eines Pflichtteiles durch den Intestaterben, nicht aber auf die Erstreitung des Erbrechtes anwendbar sein. Allein hier kann diese Frage nur aufgeworfen und auf ihre bisherige Nichtlösung aufmerksam gemacht werden. Ihre wahrhafte, mit dem faktischen Charakter der Querel völlig in Verbindung stehende Lösung kann und wird sie erst nach der Erörterung des Suitätsbegriffes empfangen.

Indem jetzt aber durch die angezogenen Verordnungen Justinians auch der gültig eingesetzte Erbe, der als solcher bestehen bleibt, wenn nur irgendein Teil der legitima hinterlassen wurde, vom Vermögen des von ihm fortgesetzten Testators ohne dessen Willen abgeben muß, wird jetzt also der aufrechtbleibende Erbe vom Pflichtteilsberechtigten überwunden. Aber noch bis in diesen Verderb des Begriffes hinein setzt sich der faktische Charakter der Inoffiziositätsquerel und die obige Auffassung des Pflichtteiles als eines Beweises von dem Dasein eines normalen Willens beim Testator deutlich fort. Denn nur wenn der Testator, indem er dem Pflichtteilsberechtigten gar nichts hinterließ, einen ganz unnatürlichen Willen bekundet hat, soll das alte Recht bestehen bleiben und die Inoffiziositätsklage das Testament umstürzen; hat er dagegen dem Legitimar nur einiges hinterlassen und so doch einen Beweis von der Normalität seines Willens gegeben, so soll die Inoffiziositätsklage

ausgeschlossen und nur die actio ad supplementum legitimae zulässig sein (de inofficioso querela quiescente id quod iis deest etc. Inst., § 3, h. t.; L. 30, § 2; L. 35, § 2 C. h. t.).

XI. Fortsetzung der Bedingungen der testamentifactio. Der filius. Die Pubertät.

Daß der filius familias nicht testieren kann, da er noch gar keine selbständige Willenssubjektivität darstellt, diese sich vielmehr in der Gewalt eines anderen befindet, würde hier als selbstredend gar keine Erwähnung verdienen. Was dagegen Erwähnung verdient, ist, daß auch nicht einmal die Genehmigung des väterlichen Gewalthabers ihm diese Fähigkeit verleihen kann. (Gajus, L. 6 pr. h. t., 28, 1: ,,Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, *adeo ut* quamvis pater ei permittat, nihilomagis tamen jure testari possit.") Es spricht sich hier wieder auf das deutlichste aus, daß das Testament etwas ganz anderes als eine Vermögensverfügung ist. Zu Vermögenshandlungen kann der Vater den Sohn ermächtigen, z. B. zur Kontrahierung von Anleihen trotz des SC. Macedonianum (vgl. Bd. I, S. 485 fg.)[1]), wie ja auch sein Wille

---

[1]) Oder zu Schenkungen, zu denen er ihn ebenso gut vorher ermächtigen, kann, als, wenn sie ohne seinen Willen geschehen sind, sie nachträglich (vgl. dagegen die folgende Note) ratihabieren kann (s. Cicero, De legg., II, 20, p. 312, Mos.; Julian, L. 2 pr. und § 1 de donat., 39, 5; Ulpian, L. 7 pr. und §§ 1, 2 eod. tit.). Ja, auch zur Schenkung von Todes wegen — denn auch diese ist nur eine Ver-

und Recht allein hier in Betracht kommt[1]). Aber auch die väterliche Gewalt, so unbeschränkt sie ist, hat ihre Grenzen an der Logik. Testieren ist der absoluteste

---

mögensverfügung — kann ihn der Vater ermächtigen, wie Ulpian (L. 7, §§ 4 u. 5) ausdrücklich sagt (quamvis enim ex patris voluntate *mortis quoque causa donare possit*), und es tritt hier also der jeder Vermögensverfügung fremde idealistische Charakter des Testamentes handgreiflich hervor.

[1]) Noch deutlicher vielleicht tritt dieser Unterschied beim Erbschafts**erwerb** hervor. Der Vater kann den vom filius familias ohne seinen Willen vorgenommenen Erbschaftsantritt **nicht** nachträglich ratihibieren (L. 25, § 4 de acqu. vel om. her., 29, 2); denn sich als Erbe konstituieren, heißt die Identifikation der eigenen Willenssubjektivität mit einer fremden vornehmen. Der Erbe muß also vor allem ein eigener und unabhängiger subjektiver Wille sein. Der Vater kann also **durch** den ihn repräsentierenden Sohn die Adition der Erbschaft vornehmen, die dann ihm erworben wird. Aber dann muß sein Befehl **vorausgehen** (jussum ejus . . . praecedere debet). Ist dies nicht geschehen, so vermag das Privatrecht des Vaters nicht ex post zu bewirken, daß der Sohn hatte, was er nicht hatte, eine selbständige Willenssubjektivität. Die Identifikation der Willen, d. h. die Adition, ist also gar nicht eingetreten, und es ist, als wenn nichts geschehen wäre. — Umgekehrt kann bei der bonorum possessio, weil diese eben **keine** solche Identifikation von zwei subjektiven Willen, sondern einen bloßen Vermögenserwerb darstellt, die ohne Wissen des Vaters oder Herrn vorgenommene Agnition **allerdings nachträglich ratihabiert werden** (L. 6, § 1 eod. tit.: „Sed in bonorum possessione placuirt, ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subjectus est." Ulpian, L. 3, § 7 de bon. poss., 37, 1). Die Schulden der Erbschaft werden aber bei der bonorum possessio wie bei der hereditas übernommen, und es zeigt sich daher, daß die ständige Angabe der Autoren, Kind oder Sklave könnten nur deshalb nicht ohne Wissen des Gewalthabers eine Erbschaft antreten, weil sie ihn nicht ohne seinen Willen mit Schulden belasten können, falsch ist.

Akt des menschlichen Willens, denn es heißt im römischen Sinne eben nicht über besondere Vermögensgegenstände verfügen, wozu ihn der Vater autorisieren könnte, sondern einen anderen, den Erben, zum Repräsentanten der eigenen allgemeinen Willenssubjektivität machen. Der Sohn ist aber eben dies, noch keine selbständige Willenssubjektivität zu sein. Der Vater kann ihm dieselbe geben — so entläßt er ihn aus der väterlichen Gewalt. Was er aber nicht kann, ist ihm dieselbe zugleich geben und zugleich vorenthalten, und dieser Widerspruch würde also vorliegen, wenn er ihn ohne Emanzipation zum Testieren ermächtigen wollte.

Wie aber der Sohn keine Willenssubjektivität hat, weil sich dieselbe in der Gewalt des Vaters, so hat der Verschwender keine, weil sich dieselbe in der Gewalt der sinnlichen Gegenständlichkeit befindet und also ebensowenig ein selbständiges, geschlossenes Ich darstellt. Der Verschwender muß deshalb unfähig sein, und es ist daher gerade sehr spekulativ, ihn als einen solchen hinzustellen, der tatsächlich gleichsam „seines Geistes nicht mächtig" (mentis suae non compos) wäre[1]).

---

[1]) L. 12, § 2 de tut. et cur. (26, 5). Mit Unrecht also nennt Gans, II, 155, diese Auffassung des prodigus, als eines partiell Wahnsinnigen, einen „äußeren" Grund, der wie immer im römischen Recht für das an und für sich Wahre noch dazu gefunden werden müsse, welches Wahre er in der Sorgfalt des Staates erblicken will, daß „der Wohlstand und das Glück der Familien nicht durch Verschwendung untergraben werde." Diese äußere Sorgfalt für den Wohlstand der Familie kann nicht der Grund der Testierunfähigkeit des prodigus in Rom sein, d. h. in einem Staate, wo nicht nur das unbedingteste Enterbungsrecht gegen die Familie gesetzlich bestand, sondern auch überaus häufig ganz grundlos von diesem Rechte Gebrauch gemacht wird. (Es reicht hin, das Zeugnis der Institutionen an-

Daß der impubes testamentsunfähig ist, „quoniam nondum plenum judicium animi habet[1])", scheint ganz selbstredend zu sein. Aber dies scheinbare Licht verwandelt sich sofort in völlige Dunkelheit, wenn nun auf das Wesen der Pubertät eingegangen und weiter gefragt wird, warum denn die geistige Reife an das Alter der physischen Zeugungsfähigkeit geknüpft und diese zur Bedingung der Testierfähigkeit — und aller Handlungsfähigkeit überhaupt — gemacht wird. Man hat sich bisher begnügt, die Tatsache zu konstatieren, daß „das römische Recht, soweit historische Nachrichten aufwärts reichen, annimmt, mit der Geschlechtsreife sei zugleich auch der volle Vernunftgebrauch wirklich vorhanden[2])", ohne die innere Quelle dieser Anschauung aufzusuchen[3]), und auffällig fast ist es, daß selbst denen, die sich besonders mit dem Einfluß der griechischen Philosophie auf das römische Recht beschäftigt haben, der hier so deutlich vorliegende Zusammenhang entgangen ist. Der

zuführen: Quia *plerumque* parentes *sine causa* liberos suos vel exheredant vel omittunt etc. Inst. pr. de inoff. test., 2, 18.) Die Testamentsunfähigkeit des prodigus hat daher ihren inneren Grund in dem Obigen, und dieser hat seinen äußeren Ausdruck darin, daß dem prodigus sogar das commercium abgeht, was wieder nur ein Ausfluß der ihm gänzlich fehlenden Willenssubjektivität ist; s. Ulpian, Fr. XX, § 13.

[1]) Ulpian, Fr. XX, § 12; vgl. Gajus, Comm., II, § 113; Paulus, III, 4, A., § 1.

[2]) Savigny, System, III, 24 u. 54—68; Böcking, Pandekten des römischen Privatrechtes (Bonn 1853), I, 152.

[3]) Dagegen wirft Savigny, a. a. O., S. 68, die andere Frage auf: „Wie kam man überhaupt auf das Alter von vierzehn Jahren als Zeitpunkt der Pubertät? Dieses könnte zusammenhängen mit der alten Lehre griechischer Philosophen von der Wichtigkeit der Zahl Sieben, so daß die Jahre der Impubertät genau den doppelten Zeitraum

Vater dieser geistigen Anschauung ist nämlich kein anderer als Herakleitos, der Dunkle von Ephesus, welcher auch das Alter der Geschlechtsreife auf vierzehn Jahre fixierte, und bei welchem dieser Gedanke der mit der Zeugungsfähigkeit gegebenen geistigen Reife nichts anderes als die notwendige und von ihm selbst gezogene und weiter entwickelte Konsequenz seines systematischen Grundgedankens war. Wir haben über den geistigen Inhalt dieser physisch-ethischen Anschauung Heraklits anderwärts ausführlich gehandelt[1]) und können hier nur darauf hinverweisen. Hier muß es genügen, an das Resultat der dortigen Entwickelung kurz zu erinnern. Alle Vollendung bestand dem Ephesier, wie wir daselbst sagten, „nur in der Tätigkeit des Sichselbsthervorbringens", in der Tätigkeit eines jeden, sich zu dem „zu machen, was es an sich schon ist" — diesem wahren Inhalt des heraklitischen Bewegungsprinzipes. Dies Prinzip durch das gesamte natürliche und geistige Universum hindurchführend, kam, wie wir dort zeigten, Herakleitos notwendig zu der Konsequenz, wie die Vollendung der Pflanze, so auch die Vollendung des Menschen, die

---

der Kindheit ausfüllen sollten." Allein Savigny selbst verwirft diese auf pythagoräische Philosopheme zurückgehende Vermutung als unhaltbar. Durch die im Texte folgende Auflösung erklärt sich auch die Fixierung auf vierzehn Jahre zugleich mit dem geistigen Gehalt und Ursprung der Verknüpfung von Geschlechts- und Verstandesreife von selbst.

[1]) S. unsere „Philosophie Herakleitos des Dunklen von Ephesos" (Berlin 1858), II, 189—192 u. 636 fg.; vgl. S. 260 fg., woselbst auch die Beweisstellen zu dem Obigen. — Es mag hier noch beiläufig bemerkt werden, daß auch die Zahl der dreißigjährigen heraklitischen *γενεά* (s. das.) den Römern nicht fremd ist; s. Varro ap. Censorinum de die nat., c. 14 und Servius ad Virgil. Aen., IV, 653.

geistige Reife — die „Einsicht des Guten und Bösen und der Belehrung darüber[1])" — an die erlangte Fähigkeit zu knüpfen, „sich auch selbst fortzeugend wieder hervorbringen zu können", und sie daher mit dem vollendeten vierzehnten Jahre als dem von ihm angenommenen Zeitpunkt der Samenabsonderung eintreten zu lassen. Die Entstehung und der ursprüngliche Gedanke der Verknüpfung von physischer Zeugungsfähigkeit und Vernunftreife ist also, ebenso wie der Urheber der vierzehn Jahre, in unzweifelhafter Weise nachgewiesen.

Wie dieser Gedanke, daß der Mensch dann vollendet, seinem Begriff entsprechend, oder, wie die heutige Philosophie etwa sagen würde, zu seinem wahrhaften Fürsichsein gelangt sei, wenn er zu der Fähigkeit der Selbstverwirklichung gekommen ist, sich selbst als das zu setzen, was er an sich ist, wenn also das Erzeugte (das Kind) sich selbst wieder als einen Erzeugenden darstellen und hervorbringen kann, — wie diese Anschauung durchaus geeignet dazu war, auch da, wo sie um jeden Zusammenhang mit ihrer systematischen Gedankengrundlage und somit um jedes innere Verständnis gekommen, dennoch die weiteste Verbreitung und den leichtesten Eingang bei den antiken Völkern zu finden, ist aus dem objektiven Geiste dieser Völker[2]) von selbst klar. Entsprach er doch völlig der Gesinnung der Völker, welche in dem Leben für den Staat und darum in der

---

[1]) Wie Plut. Plac., V, 24, von ihm und den ihm in dieser wie in jeder Hinsicht folgenden Stoikern berichtet; siehe a. a. O.

[2]) Sehr gut stellt Böcking, Pandekten, I, 152, unter Beziehung auf Grimms Deutsche Rechtsaltertümer, S. 447, der römischen Pubertät die deutsche „Mündigkeit" entgegen, welche „die Reife des Willens, vermöge welcher die Person sich

Fortzeugung des Geschlechtes die sittliche Bestimmung des Individuums sieht; stellt er doch selbst nur das gedankenmäßige Bewußtsein über die dunkle Vorstellung dar, welche schon im orientalischen Altertum in der Ehe- und Kinderlosigkeit eine Schande — eben die Schande, dem eigenen Begriffe nicht zu entsprechen — erblickt.

Wenn daher einleuchtet, wie sich dieser Gedanke seine Aufnahme auch im Rechte erobern und als Norm menschlicher Vollendung auch zur Norm der juristischen Handlungsfähigkeit im allgemeinen werden konnte, und mit welcher echten und strengen Gedankenkonsequenz die Sabinianer, mit der normativen Bestimmung der vierzehn Jahre sich nicht begnügend, die individuelle Untersuchung der geschlechtlichen Reife des pubes forderten, so ist die noch ganz besonders angemessene Beziehung, in welcher dieser Gedanke zur römischen Testamentsfähigkeit steht, nicht weniger klar. Was in der Erbeinsetzung vor sich geht, ist, nach unserer Entwickelung, ganz dasselbe was in der Zeugung. Die Hervorbringung des eigenen Ich ist es, die in beiden geschieht, dort die geistig-willkürliche, hier die natürliche. Nichts konsequenter daher, als daß die Erlangung der realen Fähigkeit, das eigene Ich hervorbringen zu können, auch als Bedingung für seine willkürliche Hervorbringung auftritt.

---

selbst zu schützen vermag, ausdrückt." Wie deutlich tritt hier wieder die Geistesrichtung der germanischen Welt auf das Besondere der Person, in ihrem Verhältnis zu anderen besonderen Persönlichkeiten, im Gegensatz zu der objektiven Gesinnung der Alten hervor.

XII. Fortsetzung der Bedingungen der testamentifactio. Das Wissen.

Allein wenn die Erbernennung die geistige Hervorbringung des eigenen Ich ist, so hat sie noch eine andere Bedingung, denn wie alles Geistige muß sie dann ihre Wurzel im Wissen haben.

Wenn man daher hier nachliest, was wir oben in der Abhandlung über die faktische und Rechtsunwissenheit, über das Wissen des *jus suum* als der einfachen Innerlichkeit des Individuums auseinandergesetzt haben (s. Bd. I, S. 196 fg., und S. 199, Note 2), so wird die unbedingte Notwendigkeit evident sein, weshalb jeder Irrtum und jedes Zweifeln über das *jus suum* alle Testierfähigkeit aufheben muß. Denn diese einfache Innerlichkeit ist es ja eben, welche durch die Ernennung des Erben fortgesetzt werden soll, ohne die Gewißheit über das jus suum aber gar nicht da, sondern in Bewußtlosigkeit zerflossen ist. Denn: Innerlichkeit oder Subjektivität heißt nicht Sein, sondern Fürsichsein, Wissen seiner selbst. Ohne dies Sichselbstwissen ist also diese Spitze der Subjektivität, die in sich reflektierte Innerlichkeit, gar nicht vorhanden, welche gerade auf den Erben durch seine Einsetzung übertragen werden soll. Und da das Wissen ebenso ausgeschlossen wird von der Ungewißheit, wie von der objektiven Unwahrheit, so muß hier der Zweifel ganz ebenso wirken, wie der Irrtum.

Paulus, L. 14 qui test. fac. (28, 1): „Qui in testamento domini manumissus est, si *ignorat* dominum decessisse, aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, *licet jam paterfamilias et sui juris est; nam qui incertus de statu suo est, certam legem testa-*

mento dicere non potest." Ulpian. Fr. XX, § 11: „Qui de *statu suo incertus* est, fac ita, quod pater peregre mortuo, ignorat, se sui juris esse, testamentum facere non potest."

Ulpian, L. 15 D. h. t.: „De statu suo *dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt etc.*"

Wenn irgend etwas, so zeigt wiederum dieser Unfähigkeitsgrund, der nach der bisherigen Auffassung des Erbrechtes eigentlich schlechthin unerklärlich bleiben mußte, auf das deutlichste, wie weit entfernt das römische Testament davon ist, seinem Begriffe nach eine Verfügung über das Vermögen zu sein. Denn zu gültigen Vermögenshandlungen ist das Individuum durch den Mangel dieser inneren Gewißheit seiner selbst durchaus nicht unfähig[1]), und Paulus hebt deshalb mit Recht scharf hervor, daß auch der Unwissende dennoch bereits durch das objektive Faktum sui juri ist. Aber eben weil die Erbeinsetzung keine Vermögensverfügung, sondern die Fortsetzung der eigenen Willenssubjektivität ist, welche ohne diese Spitze des individuellen Fürsichseins gar nicht vorhanden ist, kann sie ohne dieses innere Wissen von sich selbst, weil nicht vorhanden, auch nicht übertragen werden, oder, wie dies Paulus charakteristisch ausdrückt, eine „certa lex" dem Testament nicht geben.

---

[1]) So wenig unfähig, daß der Irrtum darin sogar, wie der Rechtsirrtum, in der Regel schädlich ist, das Individuum also an seine Handlung gebunden bleibt; s. L. 3 pr. de ign. jur. et facti (22, 6); L. 2, § 7 de jure fisci (49, 14); vgl. Bd. I, S. 195—205.

XIII. Unzulässigkeit der ungewissen Erbeinsetzung. Die kaptatorische Einsetzung. Die bedingte Einsetzung. Die objektive und die Willensbedingung.

Da es aber die eigene Willenssubjektivität des Testators ist, welche im Erben sich selbst fortsetzt, so erfordert gerade die Unbeschränktheit des Willens die Beschränkung, daß der Testator die Erbeinsetzung nicht von einem fremden Willen abhängig machen kann, daß er also, ebensowenig, wie er — was eigentlich erst zur Betrachtung der Erbfähigkeit gehört — denjenigen zum Erben einsetzen kann, den ein Dritter wollen wird, einen bestimmten Erben unter der Bedingung einsetzen kann, daß ihn ein Dritter wollen wird. Denn durch diesen dritten Willen wäre die geschlossene Identität zwischen Erblasser und Erben nach beiden Seiten zerstört; die Fortsetzung des subjektiven Willens des Erblassers wäre jemand übertragen, der nicht der Erbe ist, und der Erbe wäre der Träger eines anderen als des erblasserischen Willens. Der erblasserische Wille würde sich so setzen und verleugnen zugleich.

Gajus[1]: „Illa institutio: *Quos Titius voluerit* ideo vitiosa est, quod *alieno arbitrio permissa est,* nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa *per se firma* esse opertere, non ex alieno arbritrio pendere."

Pomponius[2]: „Atquin si quis ita scripserit: *si Titus voluerit, Sempronius heres esto,* non valet institutio."

Hieraus leitet sich von selbst auch die Ungültigkeit der kaptatorischen Einsetzungen ab. Ungültig ist jede Ein-

---

[1]) L. 32 de her. inst. (28, 5).

[2]) L. 68 eod. tit.

setzung, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der eingesetzte Erbe wiederum den Erblasser selbst, oder auch einen Dritten zum Erben einsetze[1]). Es ist von Interesse, sich ganz klar zu machen, warum dies unzulässig ist, während doch die bedingte Erbeinsetzung überhaupt gültig ist, die Bedingung sogar auch in eine reine Willenshandlung des Erben gesetzt werden kann, und dies also, da ja auch die von diesem seinerseits vorgenommene Institution eine Willenshandlung desselben ist, eine Inkonsequenz zu sein scheinen könnte. Ja, schon dies, daß die Erbeinsetzung an eine Bedingung überhaupt geknüpft werden kann, kann unserer Auffassung des Erben, den subjektiven Willen des Erblassers selbst darzustellen und fortzusetzen, zu widersprechen scheinen, da doch auch hierin eine Abhängigmachung des Erben von Fremden einerseits, eine Selbstverleugnung des testierenden Willens andererseits zu liegen, und also die reine Willensidentität zwischen ihm und dem Erblasser aufgehoben zu sein scheinen kann. Bei Festhaltung dieses Begriffes müßte zunächst nur die unbedingte Erbeinsetzung zulässig erscheinen, und es wäre daher zuerst zu zeigen, warum dies nicht der Fall ist, worauf sich die vorerwähnten Punkte von selbst rechtfertigen werden.

Der Wille ist zwar die freie und von der Außenwelt unabhängige, ihr selbst entgegentretende Innerlichkeit des Subjektes. Aber er ist, wie wir dies bereits oben bei Beginn unserer Entwickelung hervorgehoben haben (S. 34, 40 fg.), stets auf die Außenwelt bezogen. Der Wille ist die auf die Außenwelt als seinen Gegenstand gerichtete Tätigkeit des menschlichen Inneren. Als Gegen-

---

[1]) Papinian, L. 70 de her. inst. (28, 5); Paulus, L. 71 eod. tit.

stand des Willens ist die Außenwelt seine Voraussetzung. Der Wille hat also an der äußeren Wirklichkeit seine Voraussetzung. Wenn er aber in ihr seine Voraussetzung hat, so ist er somit verschieden, je nachdem die äußere Wirklichkeit diese oder jene ist. Er ist deshalb noch nicht unfrei oder abhängig, denn er kann sich ebensogut negativ als übereinstimmend gegen diese seine Voraussetzung, die Wirklichkeit, verhalten, d. h. er ist nicht von ihr bestimmt, sondern bleibt freie Innerlichkeit. Da er aber in der äußeren Wirklichkeit seine Voraussetzung hat und daher verschieden ist, je nachdem diese äußere Wirklichkeit diese oder jene ist, so ist er von ihr bedingt. Es liegt also wesentlich in der Natur des Willens, von der äußeren Wirklichkeit bedingt zu sein.

Es ist also, wegen dieses im Begriff des Willens selbst gelegenen Verhältnisses zur Außenwelt als seiner Voraussetzung, kein Widerspruch mit dem Wesen des Willens, wenn derselbe ein anderer ist und sich einen anderen Fortsetzer gibt, je nachdem diese oder jene äußere Wirklichkeit eingetreten sein wird[1]).

Rechtfertigt sich hierdurch die durch das Eintreten äußerer Tatsachen bedingte Erbeinsetzung, so verhält es sich nicht anders, wenn die Bedingung in die Willenshandlung eines Dritten gesetzt wird, wenn also z. B. testiert wird: Titius sei Erbe, wenn Mävius auf das Kapitol gegangen sein wird, während, wie wir früher sahen, die Bedingung: wenn Mävius wollen wird, das Testament ungültig machen würde. Denn darauf, daß die Kapitolbesteigung vom Willen des Mävius abhängt, fällt der Reflex nicht, wie die Bedingung ja auch erfüllt sein

[1]) Inst., §§ 9, 10 de her. inst. (2, 14).

würde, wenn es gelungen wäre, den Mävius gegen seinen Willen zu veranlassen, das Kapitol zu besteigen. Für das Subjekt bleibt auch die Handlung eines Dritten bloße äußere Tatsache, schlechthin Außenwelt als solche, und ob diese Tatsache durch Willensvermittelung oder irgendwelche andere entstanden ist, ist um so gleichgültiger, als alle äußere Wirklichkeit selbst wiederum das Produkt der mannigfachsten und nicht übersehbaren Vermittelungen ist.

Wird aber endlich die Bedingung der Erbeinsetzung in eine vom Willen des Erben selbst abhängige Handlung gesetzt, so liegt auf der Hand, daß dies optimo jure zulässig sein muß. Denn der Erblasser läßt dann den Erben nach seinem, des Erblassers, Willen handeln, was den wahren Begriff des Erbverhältnisses bildet, und bewährt so die zwischen ihm und dem Erben stattfindende Willensidentität. Es ist hier also bloß als Bedingung gesetzt und zu einzelnen Folgerungen getrieben, was ohnehin die Substanz des Erbverhältnisses bildet, wie z. B. die Bedingung der Erbschaftsantretung stets stillschweigend vorliegen würde.

Ganz anders bei der kaptatorischen Einsetzung. Auch diese ist zunächst eine bedingte, und die Bedingung ist in eine Willenshandlung des Erben gesetzt. Indem aber jede Erbeinsetzung nichts anderes als die Übertragung und Fortpflanzung der eigenen unendlichen Willenssubjektivität ist, würde der Erblasser, der hierin seinem Erben eine Vorschrift machen wollte, demselben nichts Geringeres als überhaupt seine allgemeine Willenssubjektivität rauben. Der Erblasser würde also bei dieser Bedingung nicht den Willen des Erben als einen mit ihm identischen und in diesem fortexistierenden Willen seinen eigenen Erhalter und Träger setzen, welche Identität er deshalb

durch einzelne Willenshandlungen, die er ihm aufgibt, bewähren kann, sondern er würde in den ungeheueren Widerspruch verfallen, eben diese Fortexistenz der allgemeinen Willenssubjektivität, die ihn selber fortsetzen soll, selbst aufzuheben. Diese Bedingung wäre also nicht nur eine nichtige, non scripta, sondern diese Erbeinsetzung muß, als eine sich selbst zerstörende, eine ungültige sein. Da es nichts anderes als die metaphysische Willensunendlichkeit selbst ist, die sich in der Ernennung des Erben Dasein gibt, so würde jedes Binden und jeder Eingriff hierin, statt eine Identität zwischen beiden Willen zu setzen, dem Erben diese Willensunendlichkeit gerade entziehen[1]) und ihm das vernichten, was das innerste Wesen des Willens ausmacht, und ihn somit auch unfähig machen, die Fortsetzung des erblasserischen Willens zu sein. Ganz vortrefflich definiert daher Papinian, a. a. O., kaptatorische Einsetzungen seien solche „quarum conditio confertur *ad secretum* alienae voluntatis". Es ist ein Eingriff in das innerste Willensheiligtum, der hierin vorgeht, und Papinian übersieht nur, daß, ohne den spekulativen Erbrechtsbegriff und die aus demselben im Vorstehenden entwickelte Unterscheidung, seine Worte sich auch auf jede andere zur Bedingung gemachte Willenshandlung würden anwenden lassen.

Aus dem angeführten Grunde muß es auch gleichgültig sein, ob der Erblasser dem Erben zur Bedingung macht, ihn selbst oder einen anderen Dritten einzusetzen. Denn

[1]) Daher auch der römische Haß gegen die Erbverträge, die im germanischen Recht sich solcher Gunst erfreuen. Sie stellen dem Römer eine solche Veräußerung der unveräußerlichen Willensfreiheit dar; nicht eine Verpflichtung des Willens, sondern ein Aufgeben seines Wesens.

nicht, daß der Erblasser sich selbst einen Vorteil zuwenden will, macht die Bedingung unerlaubt, sondern jener negierende Eingriff in das Wesen des Willens macht sie unmöglich. Dieser ist aber ebenso vorhanden, wenn ein Dritter der vorgeschriebene Erbe ist, und darum erklärt Paulus, a. a. O., dies für gleich unmöglich: „. . . veluti si ita scripserit: *Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto;* quod in sententiam Senatusconsulti incidere *non est dubium.*"

Sind dagegen die Erbeinsetzungen zwar gegenseitig, aber auf gegenseitiger Freiwilligkeit beruhend, ohne daß die eine die Bedingung der anderen ist, so findet jener Eingriff nicht statt, und folglich sind die Institutionen gültig: Papinian, a. a. O.: „Captatorias institutiones *non eas* Senatus improbavit, quae *mutuis affectionibus* judicia provocaverunt."

Es kann aber auch die eine Erbeinsetzung offen als Grund der anderen auftreten, nur nicht als Bedingung. Denn tritt das Testament des einen als Grund auf für das Testament des anderen Erblassers, so ist dies nur eine Vermittelung für den freien Willen des letzteren, und der Wille ist eben dies, sich aus tausend beliebigen Tatsachen zu vermitteln, und seine Freiheit besteht eben darin, daß ihm hierin nichts vorgeschrieben werde, während es, als Bedingung gesetzt, gerade die Willensfreiheit des ersten Erblassers aufheben würde. Wird aber eine Erbeinsetzung als Grund gesetzt für die andere, so muß die erstere schon vorher geschehen sein, während sie, wo sie als Bedingung auftritt, in die Zukunft verlegt wird. Vortrefflich genug sagt also Paulus, a. a. O., diesen Unterschied von Grund und Bedingung in dem aus ihm hervorfließenden Unterschied der Zeiten hervortreten las-

send: „Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituit: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto,* quia in *praeteritum,* non in *futurum* institutio collata est.“

XIV. Das Legat.

Es ist endlich, um den von uns entwickelten Begriff des römischen Erbtums zur unwiderleglichsten Evidenz zu bringen, nur noch erforderlich, einen Blick auf das, was mit diesem Erbtum auf das innigste verknüpft, aber als sein absolutes Gegenteil mit ihm verknüpft ist, auf das Legat, zu werfen. Wir haben zwar schon hin und wieder den Begriff des Legates vorweggenommen, weil es gar nicht möglich ist, den reinen Begriff dieses Erbtums zum Vorschein zu bringen ohne die Antithese mit diesem seinen Gegenpol. Ebendarum wird sich aber erst in der Dogmatik des Legates, in der Stellung, die der Erbe zu ihm einnimmt, und in den hieraus hervorfließenden erbrechtlichen Bestimmungen, durch die blendende Helle dieses Unterschiedes, der Begriff beider zur absoluten Gewißheit bringen.

Das Legat ist eine Vermögensverfügung. Das Legat ist also im jus civile in Wahrheit das, was man trotz allem, was man bisher von der Personenidentität im Erbrecht und deshalb hin und wieder auch von einem gewissen metaphysischen Charakter im Erbrecht gesprochen hat, bisher für den Begriff der Erbschaft gehalten oder doch mit diesem als ein integrierendes Moment desselben durcheinandergeworfen hat. Das Legat ist, um dies etwa

in eine kurze Antithese zusammenzudrängen, reines Vermögensvermächtnis, das Erbtum reines Willensvermächtnis.

Wir haben bereits S. 88 fg. gezeigt, warum die Legate hinfällig werden müssen, wenn der eingesetzte Erbe nicht antritt. Die Willensherrschaft des Eigentümers über seine Vermögensgegenstände kann nur wirken, solange sein Wille selbst währt, kann also nach seinem Tode nur wirken, wenn sein Wille dennoch — im Erben — als daseiend und fortdauernd gesetzt ist[1]), was eben nach uns die wahre und ganze Bedeutung des römischen Erben ist. Auf das entscheidendste ist dies ersichtlich bei dem Vindikationslegat, welches ja in keiner Weise mit dem Erben zusammenhängt und keine persönliche Schuld desselben bildet. Wenn gleichwohl auch dieses Legat ohne die Antretung des Erben hinfällig wird, so zeigt sich hier auf das deutlichste, wie jede auch mit dem Erben selbst nicht verbundene Willensbestimmung des Testators eben nur durch die im Erben gegebene Fortexistenz seines Willens Kraft hat. Es ist derselbe Grund, weshalb auch formell vor der Erbeinsetzung kein Legat im Testamente

---

[1]) Ist die Willensherrschaft, welche die Sache zum Eigentum macht, erloschen, ohne daß vorher der Gegenstand in das Eigentum eines anderen übergegangen ist, so würde das Eigentum aufhören, Eigentum (individuelles) zu sein, und die Sache wieder zur bloßen Gegenständlichkeit geworden sein. Von hier aus ist daher die abstrakte, aber strenge Konsequenz erst begreiflich, vermöge welcher vor der lex Julia (s. Ulpian, Fr. XXVIII, 7) das auch im prätorischen Sinne erblose Vermögen herrenlos und Sache des primus occupans wurde, wie Savigny aus der Stelle des Cicero, De legibus, II, 19 bis 21, entscheidend nachgewiesen hat. (In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, II, 378.)

hinterlassen werden kann; denn, wie Ulpian sehr durchsichtig in dem von ihm angegebenen Grunde hervortreten läßt, die ganze Kraft des Testamentes beruht auf dem fortdauernden Dasein des Willens im Erben: *Ante* heredis institutionem legari non potest; quoniam *et potestas testamenti,* ab *heredis institutione incipit*[1]).

Auf das schärfste tritt dies nun auch konsequent weiter darin hervor, daß, ebenso wie nur, wenn das Dasein des erblasserischen Willens im Erben als fortdauernd gegeben ist, legiert werden kann, auch nur solange dieses Dasein fortdauert, legiert werden kann. Es ist also spekulativ ganz notwendig, was Ulpian (das. § 16) weiter sagt: „*Post mortem* heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur; quod *juris civilis ratio* non patitur." Warum duldet es die ratio des jus civile nicht, daß von dem Erben des Erben legiert werde? Sicher, wäre die Erbschaft eine Vermögensübertragung, so würde dieser Verfügung, daß erst nach dem Tode des Erben ein Legat ausgezahlt werden solle, ja sogar, daß dies ausdrücklich von dem Erben des Erben geschehe, ebensowenig etwas entgegenstehen, wie im deutschen Rechte, wo dies sogar zur Grundlage ganzer Institute, wie z. B. der Familienfideikommisse, wird. Aber weil die Erbschaft eine Willensübertragung ist, so kann sie sich nur auf den Erben selbst erstrecken, mit welchem die Identität wie eine Gleichung geschlossen ist. Des Erben Erbe steht außerhalb dieser Gleichung, und kann nicht mehr von dem ersten Erblasser den Willen desselben empfangen. Wenn aber nicht auf die Zeit nach dem Tode des Erben, so kann doch auf die Zeit seines Todes legiert werden, Ulpian, a. a. O.: „In *mortis* autem heredis tempus legari

---

[1]) Ulpian, Fr. XXIV, § 15.

potest, velut: cum heres moriatur." Denn diese Zeit des Todes, welche nicht die Zeit nach dem Tode sein soll, ist der ideelle Zeitmoment, wo der Erbe als sterbend, aber darum auch noch als daseiend gedacht wird. Und so lange nur irgend der erblasserische Wille durch das Dasein des Erben als fortexistent gesetzt ist, kann er wirken.

XV. Das Vindikationslegat. Seine Wirkung, quiritarisches Eigentum zu bilden. Der Testator ein Gesetzgeber. Die Sabinianer und Prokulejaner. Der Tote stärker als der Lebende. Das bedingte Vindikationslegat. Die Kontroverse der beiden Schulen und ihr Ergebnis. Die quiritarische Sache und die Quantität. Die Akkreszenz.

Aus dem Gegensatze, welchen das Legat zum Erbtum bildet, entwickelt sich nun die erste Erscheinungsform des Legates sofort von selbst.

Der Erbe ist der Kontinuator und Träger der allgemeinen Willenssubjektivität des Erblassers. Alles, was sich also im Augenblick des Todes im Eigentum des Erblassers vorfindet, ist notwendig von selbst dieser Willensherrschaft unterworfen, gehört somit, wenn auch nur folgeweise, dem Erben mit demselben Recht, mit dem es bisher Eigentum des Erblassers war. Soll also dennoch eine Vermögenszuwendung an andere Personen eintreten, so kann dies zunächst nur dadurch geschehen, daß ein oder mehrere individuell bestimmte Gegenstände von der Hinterlassenschaftsmasse ausgeschieden und unmittelbar als

das Eigentum einer dritten Person (des Legatars) gesetzt werden. Dies geschieht durch das sogenannte legatum *per vindicationem*[1]). Dies Legat vollbringt sich daher durch den Willensstoß: do lego[2]). So lautet die Formel, insofern auf die Ausstoßung des Gegenstandes aus der Hinterlassenschaftsmasse Rücksicht genommen wird. Da aber auch dabei auf den Gegensatz im Verhältnis des Erben und des Legatars zum Erblasser Rücksicht genommen werden kann, kann die Formel auch lauten, sumito, sibi habeto, capito[3]). Es tritt nämlich hierbei schon in der Formel auf das deutlichste, und ganz unserer Entwickelung entsprechend, der Gegensatz im Wesen des Erben und des Legatars hervor. Der Erbe soll etwas sein, der Legatar etwas haben, und darum heißt es von jenem: *heres esto*, vom Legatar: *sumito, capito, sibi habeto.*

Ausgeschieden aber aus der Willensherrschaft des Erblassers ist die Sache nur dann, wenn sie Eigentum eines anderen geworden ist. Darum wird durch dies Legat, sowie das Weiterdasein des erblasserischen Willens durch die Antretung der Erbschaft durch den Erben gewiß ist, im selben Gedankenmomente die Sache sofort und unmittelbar zum Eigentum des Legatars; sie steht in keinem Verhältnis zum Erben, und dieser hat keine Obligation und Verpflichtung in bezug auf sie und nicht vom Erben zu fordern, sondern durch Vindika-

---

[1]) Diese Abschneidung und Ausstoßung von der Masse, die im Vindikationslegat geschieht, tritt wie in allem Folgenden, so besonders auch in der Identität des legatum per vindicationem mit dem legatum per praeceptionem deutlich hervor.

[2]) Ulpian, XXIV, § 3; Gajus, Comm., II, § 193.

[3]) Ulpian, a. a. O.; Gajus, a. a. O.

tion als seine eigene quiritarische Sache hat sie der Legatar allerwärts zu reklamieren.

Gajus[1]: „Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia *post aditam* hereditatem[2]) *statim ex jure Quiri-*

---

[1]) Comm., II, § 194.

[2]) Es ist daher nicht richtig, mit Gans, II, 195, von diesem Legat zu sagen, es sei so „als wenn bloß der Legatar und die bestimmte Sache vorhanden wären." Der Erbe kommt allerdings, aber nur als der Gegensatz des Legats, als der daseiende Wille dabei in Betracht. Aber das Einwirken und Nichteinwirken dieses Faktors erklärt sich eben nur aus der Erfassung des konkreten spekulativen Begriffes des Erben, durch dessen Nichterfassung Gans auch diesen Gegensatz notwendig verfehlen mußte. Gans erfaßt diesen Begriff nur ebenso wie die positiven Juristen in ganz ahnender, abstrakter und unbestimmter, und deshalb unwahrer Weise. Hierdurch geschieht es, daß die Ausdrücke, in denen er den Erb- und Legatsbegriff beschreibt, hin und wieder zu dem wahren Wesen der Sache zu stimmen scheinen können, unmittelbar daneben aber wieder solch estehen, bei denen dies durchaus nicht mehr zutrifft, und das reelle Verfehlen des wahren Begriffes auf das gewichtigste dann bei der Auffassung der einzelnen realen Rechtsbestimmungen heraustritt. So sagt Gans (II, 186), richtig fühlend, dem Verhältnis des Erben zum Testator komme „ein gewisser Charakter von Idealität zu". Aber das Mangelhafte ist eben, daß nicht erfaßt wird, worin dieser „gewisse" Charakter von Idealität besteht. Darum folgen bei ihm unmittelbar hierauf die nicht mehr richtigen Worte, das Verhältnis des Erben zum Testator sei „ein konkretes, die Einheit von vielfachen Bestimmungen". Dies ist nicht mehr richtig, denn nicht in der Einheit von vielfachen Bestimmungen, sondern schlechthin nur in der einfachen Bestimmung, das Dasein seines Willens zu bilden, besteht der Begriff des Erben. Jenes Ahnen des Begriffes verliert sich daher hierbei bei Gans, wie bei den positiven Juristen, in die schwankende und nebelhafte Wortbildnerei, wenn er sagt, daß im Erben ein „Lebendiges und Persönliches" liege, daß (S. 187) der Testator im

tium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio *quocumque qui eam possidet,* petat, *vindicare* debet, id est intendere *rem suam ex jure Quiritium esse.*"

Erben „eine volle, lebendige und vielseitige Persönlichkeit erzeugt," welches letztere gar nicht mehr zutreffend ist. — Gans ist so genötigt, den Unterschied zwischen Erben und Legatar darin zu sehen, daß der Erbe vom Testator die Totalität des Vermögens, der Legatar nur eine bestimmte, einzelne Sache erbt. Der Erbe sei es, der „nicht bloß vom Testator etwas Bestimmtes, Einzelnes erhalten hat," während bei dem Legatar „nicht das Ideelle, die Einheit von Vielfachem, die Wesenheit sei" (S. 186) und das Legat als das von jedem Zusammenhang in der Sache mit der Totalität des Vermögens sich Lossagende, die Spitze der Willkür in der testierenden Willkür sei (S. 184, 187).

Auch insofern in diesen Sätzen ein richtiges Moment unterläuft, bildet dasselbe doch nicht den herrschenden Begriff der Sache, sondern nur eine Folge desselben, und ist daher keineswegs geeignet, den Gegensatz von Erbe und Legatar zu erklären, sondern erhält selbst erst seine Erklärung aus jenem herrschenden Begriffe. Es läuft aber eben in dieser Auffassung nur ein richtiges Moment unter, und sie selbst ist weit entfernt davon, richtig zu sein. Dies zeigt sich seitens des Erben darin, daß er, wie wir so ausführlich nachgewiesen haben, auch gar nichts vom Vermögen zu erhalten braucht und in den früheren Zeiten so überwiegend häufig nichts davon erhält. Seitens des Legatars zeigt es sich auf das deutlichste darin, daß auch der Legatar so gut wie der Erbe — nämlich als *legatarius partiarius* — eine „Einheit von Vielfachem" sein, eine Beziehung auf die „Totalität des Vermögens" empfangen kann. Ja, daß der generische Begriff des Legates nicht in der „atomistischen Zusammenhangslosigkeit" der Einzelheit mit der Totalität des Vermögens besteht, zeigt sich schon in dem legatum per damnationem, in welchem dieser Zusammenhang allerdings gesetzt ist. Der Unterschied von Vermögenstotalität und Vermögenseinzelheit ist

Es ist daher nicht richtig, wenn Gajus (II, 195 fg.) in der Benennung dieses Legates als legatum per vindi-

---

daher weit entfernt davon, den Unterschied zwischen dem Begriff des Erben und des Legatars anzugeben. Der wahre und einfache begriffliche Unterschied von Erbschaft und Legat ist vielmehr der Unterschied von Wille und Sache. In der Erbschaft wird jener, im Legat dieser übertragen, und erst aus diesem begrifflichen Unterschied erhält jener andere von Vermögenstotalität und einzelnem Vermögensstück sein relatives Dasein, seine Richtigkeit und sein Verständnis.

Eben weil ihm so der wahrhafte Begriffsunterschied zwischen Erbe und Legat abgeht, gelangt Gans zu dem großen, oben gerügten (S. 106, Note 2; vgl. S. 131, Note 1) historischen Irrtum, daß zur Zeit der Zwölftafeln wegen der — gerade durch den echten Begriff des Erbtums gegebenen — unbedingten Freiheit, zu testieren und das Vermögen durch Legate ganz zu erschöpfen, ein Unterschied zwischen beiden noch gar nicht vorhanden gewesen sei: „die testierende Willkür ist hier noch nicht zu der Reflexion gekommen, zwischen der Persönlichkeit und Substantialität des Erben und der Unlebendigkeit und Leerheit des Legatars zu unterscheiden. Die Willkür ist hier noch in ihrer einfachsten Abstraktion; sie will bloß wollen können; was dieser Wille hervorbringt, ist gleichgültig. Testamentserbschaft und Legat sind nach dem Ausspruch der Zwölftafeln, uti legassit, noch ganz ineinander und gegeneinander gehalten von völlig gleicher Bedeutung." (Gans, das. S. 187 fg.) Die Größe dieses Irrtums ergibt sich, außer allem anderen, schon historisch aus dem flüchtigsten Blicke auf das Recht der sacra, da noch nach der älteren der beiden von Cicero erwähnten Sacraltheorien die sacra auf den Legatar, wenn ein Zivilerbe da ist, niemals, und selbst nach der neueren dortigen Theorie nur dann auf ihn übergehen, wenn er, nach der lex Voconia, für sich allein ebenso viel empfangen hatte, als alle Erben zusammen (s. sub Nr. III), während jeder Erbe, wie klein immerhin auch sein Anteil, zu den sacris verpflichtet war. — Es muß ebenso als ein gewisses Ahnen des Begriffes bezeichnet werden, wenn Gans hin und wieder, wie schon in den zuletzt angeführten Worten, den Erben im Verhältnis zum Legatar als das „Höhere, Sub-

cationem eine unpassendere, weil nur vom Hinterher der Wirkung entlehnte, Bezeichnung sieht, als in der Benennung legatum do lego. Denn in diesem Hinterher der Wirkung — der Vindikation — tritt vielmehr aufs stärkste die eigentliche begriffliche Natur dieses Legates hervor, daß ein Gegenstand von der Vermögenshinterlassenschaft des Erblassers abgeschnitten und als unmittelbares Eigentum eines anderen gesetzt worden ist.

Ebenso ist es nicht richtig, wenn Gans meint, daß in der Bezeichnung dieses Legates als legatum do lego „dieses letzte subjektive Wollen der Willkür liegt". Die Willkür ist vielmehr in gleichem Maße bei allen Arten der Legate vorhanden. Was in dieser gehäuften und schnellen stoßweisen Aufeinanderfolge der Worte do lego etwa

---

stantielle, gegenüber der Leerheit der Willkür," charakterisiert. Fragt man aber bei Gans nach der Bedeutung und dem Inhalt dieses Substantiellen, das im Testamenterben liegen soll, so erhält man — da Gans die wirkliche Substantialität nur in der Intestaterbschaft sieht — zur Antwort, daß die Erbeinsetzung wiederum selbst nichts anderes als diese höchste Leerheit der absoluten Willkür sei, die sich selbst aber, in einer durchaus unerklärten Weise, als etwas höchst Heiliges und Substantielles vorgekommen sei (z. B. S. 183 fg. u. a. and. O.). Damit fällt aber auch wieder jener Gegensatz von Erbe und Legatar völlig in sich selbst zusammen, wie andererseits eben dadurch die wahre Bedeutung des römischen Erbrechtes und damit der kulturhistorische Fortschritt der römischen Geistesstufe überhaupt, das positive Moment, welches Rom in der weltgeschichtlichen Entwicklung der Freiheit bildet, verfehlt wird.

Wenn daher Gans, zur Erklärung dessen, daß die Legate durch das Ausschlagen des Erben hinfällig werden, sagt (das. S. 188), daß „jene Einzelheit nur in diesem Substantiellen ihre Wurzel haben könne," so ist auch dies nur ein Sagen und Versichern jenes positiven Rechtssatzes, der deshalb gleichfalls bei ihm noch gänzlich unbegriffen und unbewiesen bleibt.

liegen kann, ist offenbar die Abschneidung des Gegenstandes von der Vermögensmasse des Testators.

Wir haben gezeigt, warum durch dies Legat, sowie die Fortdauer des erblasserischen Willens durch die Erbantretung gewiß ist, die Sache sofort und unmittelbar zur quiritarischen Sache des Legatars werden muß. Dieser Punkt verdient eine besonders scharfe Beleuchtung, weil in ihm wieder in besonders markiger Weise das gesamte Wesen des Testamentes hervortritt.

Hier wird also quiritarisches Eigentum übertragen, ohne daß eine in jure cessio, noch eine Manzipation mit dem Erwerber stattgefunden hat; ja, nicht einmal eine Tradition ist vorgegangen. Es müßte dies allen römischen Rechtsbegriffen zu widersprechen scheinen, aber jetzt, nach unserer begrifflichen Analyse, ist nichts notwendiger und nichts beweisender als dieser Punkt. In der Tat, wie sollte hier von einem Eigentum ex jure gentium die Rede sein können, da diese Fähigkeit, über den Tod hinaus wollen und etwas nach dem Tode zum Eigentum eines anderen machen zu können, gar nicht ex jure gentium ist[1])? Nur in dem Dasein dieses spezifischen Volksgeistes wurzelt sie, und man könnte daher sagen, sie sei die am spezifischsten römische Übertragungsweise von allen. Dieser spezifische Volksgeist feiert in diesem Akte seine höchste Selbstbetätigung, die höchste Gewißheit seines Daseins und Inhaltes. Mit der ganzen Wucht dessen, was den wahrhaften welthistorischen Inhalt des römischen Geistes bildet, und diesen besiegelnd, testiert jeder Römer, und der Satz, daß dies Legat quiritarisches Eigentum wird, hat daher gar keinen anderen Inhalt, als der Satz testamenti factio juris publici est nach unserer obigen Er-

[1]) Vgl. hiermit oben S. 163 und Nr. X.

klärung (Nr. X). Wenn aber jeder Römer so mit der ganzen Wucht des öffentlichen Geistes und öffentlichen Rechtes in seiner einzelnen Hand testiert, so ist jetzt wahrhaft durchsichtig die Definition, die Ulpian, Fr. XXIV, § 1 vom Legate gibt: „Legatum est, quod *legis modo,* id est *imperative,* testamento relinquitur." Das Legat ist ein Gesetz, denn der absolute Inhalt des gesamten römischen Volksgeistes, das allgemeine Schicksal und Dasein desselben steht eben dabei auf dem Spiele, daß diese menschliche Unendlichkeit, dieses Wollenkönnen über den Tod hinaus, da sei.

Wenn daher sein Wille bei seinem Leben Privatwille war, so ist er öffentlicher Wille bei seinem Tode. Wie oft hat man nicht den Satz gesagt, daß der römische Testator einem Gesetzgeber vergleichbar sei! Aber dieser Satz war stets in dem flachen Sinne gemeint worden, dadurch nur die unbeschränkte Freiheit des testierenden Privatwillens zu bezeichnen, respektive das Komitientestament als ein Gesetz wegen der Beseitigung der auf Gesetz beruhenden Intestaterbfolge zu erklären[1]). Wir zeigten aber daselbst bereits, daß durch den circulus vitiosus solcher nichts erklärenden Erklärungen immer nur als das Erklärende gesetzt wird, was vielmehr vor allem selbst einer Erklärung bedürftig wäre und diese nur aus dem zu Erklärenden empfangen würde. Das Testament kann nicht eine lex, der Testator ein Gesetzgeber sein, weil das Testieren in den Volkskomitien vor sich geht; sondern umgekehrt: nur wenn das Testament eine lex, der Testator ein Gesetzgeber ist, wird sich hieraus begreifen lassen, wie so er dazu kommen kann, in den Komitien zu testieren. Mehr vielleicht als alles andere hat dieser ganz allgemein

[1]) Vgl. oben S. 42, Anm.

bei den Juristen grassierende Formalismus des Denkens — sehr verschieden von dem alten produktiven Formalismus des römischen Rechtes, der durch seinen geistigen Inhalt zugleich bewirkt, daß die römischen Juristen bei der Gesetzesauslegung unter dem Schein des Wortformalismus immer den spekulativen Gedanken treffen und festhalten — die Resultatlosigkeit juristischer Untersuchungen verursacht. Es wird bei dieser Methode des Räsonnierens immer so zu Werke gegangen, als wenn nicht die geistige Bedeutung eines Aktes oder Institutes das tätige Prius wäre, welches seine Form nach sich zieht und in ihr sich Ausdruck gibt, sondern als wenn diese, man weiß nicht woher geflogene, Form das Prius wäre, aus welchem sich erst die Befugnisse und Bedeutung des Aktes entwickelten. Das positive Material ermangelt nie, die gänzliche Nichtigkeit solchen angeblichen Erklärens haarscharf nachzuweisen. Aber an diesem positiven Material wird dann mit fest zugedrückten Augen vorübergegangen. Sprechend zeigt sich das wieder an dem in Rede stehenden Fall. Und zwei Beweise mögen hier genügen, von denen der zweite in dem uns eben beschäftigenden Vindikationslegat liegt, der erste aber eine kurze Abschweifung auf das jus sepulcrorum erfordert. — Die römischen Grabstätten waren, als loca religiosa, extra commercium. Aber abgesehen von der Nichtigkeit der Veräußerung und von der Strafe, welche dieselbe infolge der lex Julia de sacrilegis nach sich ziehen konnte, war es Sitte, daß der Erblasser auch in den Inschriften der Grabmonumente, die er sich häufig schon während seiner Lebzeiten zu errichten pflegte, eine beliebige Vermögensstrafe für den Fall der Veräußerung, Vermietung oder Verpfändung gegen die Zuwiderhandelnden festsetzte, Strafen, welche nach diesen Inschriften immer

an die Vestalinnen oder die Kasse der Pontifices oder an das öffentliche Ärarium zu zahlen waren. Man sehe zahlreiche solche Grabinschriften mitgeteilt bei Gutherius, De jure manium[1]). Diese Vermögensstrafen waren häufig sehr bedeutend[2]). Daß diese vom Erblasser in den Inschriften verhängten Strafen im älteren Recht nicht ohne Effekt, nicht zum Spaß dahin geschrieben sein konnten, ergibt sich schon aus dem Dasein dieser Inschriften von selbst[3]). Nun brauchte ein solcher Erblasser aber die Strafandrohung auf der Inschrift nicht im Testamente zu wiederholen. Ja, er konnte überhaupt intestatus sterben. Woher also, wenn das Testament nur deshalb ein Gesetz ist, weil es in den Komitien errichtet ist, kommt dem Erblasser bei dieser Grabmälerverfügung, die nicht in dem Testament zu stehen braucht, die von dem intestatus getroffen werden kann, die gesetzgeberische Stellung, die Strafgewalt zu? Aber noch mehr! Nach allen heutigen Begriffen vom römischen Erbrecht würde er diese

---

1) Lib. III, c. 5, 6, p. 413—419, ed. Par. 1615.

2) Eine dieser Inschriften, bei Gutherius, S. 410, eine Brundisische, verfügt sogar die Konfiskation des ganzen Vermögens der Zuwiderhandelnden: SI QUI ADVERSUS ID FECERINT. EORUM BONA PERTINERE DEBEBUNT AD REMPUBLICAM BRUNDISINORUM.

3) Siehe Gutherius, S. 418 fg. — Vgl. was wir noch in den Rechtsquellen über die Strafen, unter welchen der Testator dem Erben gültig auferlegen kann, ihm ein Monument zu setzen, finden, L. 27 de condit. et demonstrat. (35, 1). Zu Justinians Zeit wußte man damit nicht mehr viel anzufangen und setzte es in den Titel de conditionibus etc. Aber es ist keine conditio, und diese Versetzung ist falsch, nach Marcianus selbst, L. 2 de his quae poenae causa (34, 6): „Poenam a conditione *voluntas* testatoris separat, et an *poena,* an *conditio,* an translatio sit, ex *voluntate* defuncti apparet idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt.“

Kompetenz doch höchstens nur habeu können seinen Erben und den Erben derselben gegenüber. Die Inschriften aber zeigen das Gegenteil. Nach denselben bestraft der Erblasser den *fremden Käufer* ebenso und mit derselben Strafe wie den Verkäufer (s. Inschrift auf S. 415 daselbst: ... ET EI CUI DONATUM VEL VENDITUM FUERIT, EADEM POENA TENEBITUR. Inschrift auf S. 416: ... DARE DAMNAS ESTO AERARIO POPULI ROMANI ... EMPTOR ET VENDITOR). Wenn das Testament nur *insofern* ein *Gesetz* ist, als es an *Stelle* der gesetzlichen Intestaterbfolge tritt, und zur Dispensation von dieser daher die Errichtung in den Komitien nötig ist, und dem Testamente hierdurch den formellen Charakter einer lex gibt, — wie kann der Erblasser oder Testator, wenn man selbst seine Verfügung auf dem Grabmonument um der *ideellen* Gleichartigkeit willen als einen letzten Willen, als ein Testament auffaßt, über den ihm ganz fremden Käufer, der weder Erbe noch Legatar aus dem Testament ist und mit dem Intestatgesetz und der Dispensation von demselben gar nichts zu tun hat, wie kann er über dieses, in gar keinem Verhältnis zu ihm stehende *andere dritte Subjekt Strafen* verhängen? Woher schöpft er diese höchst *materielle* gesetzgeberische Gewalt?

Statt diese Fragen zu lösen, hat man vorgezogen, sie, wie so viele andere, niemals aufzuwerfen und jenes jus sepulcrale, etwa wie einen archaistischen Schnörkel, gänzlich unbeachtet zu lassen. Als wenn nicht gerade jene Gräberverfügung eben um ihrer gedoppelten Stellung willen, *formell kein* Testament, nach ihrem geistigen Inhalt aber *dasselbe*, was ein Testament, letztwillige Verfügung über die Fortbewahrung des eigenen aufgehobenen *Ichs* zu sein, am schneidendsten hätte hervortreten lassen

müssen — und, wie man sieht, auch wirklich hervortreten läßt —, was aus der geistigen Bedeutung, aus dem Begriffe des Testamentes folgt.

Die Lösung der aufgeworfenen Fragen ergibt sich von selbst, wenn wir uns dem zweiten Beweise, dem uns beschäftigenden Vindikationslegat wieder zuwenden. Wir können die Eigentümlichkeit desselben, die wir jetzt betrachten wollen, ebensogut aus jenem jus sepulcrale, als jenes aus dieser erklären. Denn beide sind eben nur die Darstellung und der Ausdruck des in ihnen hervortretenden gemeinschaftlichen Begriffes. Beide sind schon in jenem obigen Satze enthalten, daß der Wille der Person, wenn er Privatwille war bei ihrem Leben, zum öffentlichen Willen wird bei ihrem Tode.

In der Tat, die Wahrheit des Satzes, daß der Testator ein Gesetzgeber sei, liegt nicht darin, daß das Testament in den Komitien errichtet wird, sondern sie liegt, zugleich mit dem Grund, warum dieses Testieren in den Komitien überhaupt möglich ist[1]), in dem oben entwickelten Sinne, daß jene Willensfortdauer das Innerste des öffentlichen Geistes bildet, dem der Testator Dasein gibt, weshalb seine Verfügung mit der ganzen Kraft des öffentlichen Geistes bekleidet ist. Im Tode steht dem Römer zu, was er im Leben niemals vermochte. Im Tode erweitern sich seine Befugnisse; im Tode verklärt er sich zum Gesetzgeber. Er muß sich zum Gesetzgeber verklären infolge seines eigenen Begriffes und in dessen Interesse, denn er soll jetzt ja seinen Willen als einen fortdauernden und aller Außenwelt gegenüber bestehenden, d. h. als Gesetz, setzen. Er muß und kann sich aber auch zum Gesetz-

[1]) Siehe oben S. 203 fg.

geber verklären den anderen Rechtssubjekten gegenüber und deren Rechtssphäre verletzen. Denn diesem metaphysischen Interesse des öffentlichen Geistes gegenüber, welches in ihm ruht, kommen die anderen Rechtspersonen, welche gegen ihn, den Toten, bloße Privatwillen, bloße Lebende sind, gar nicht in Betracht. Und darum muß diese gesetzgeberische Kraft, noch viel stärker und entscheidender als in der Definition Ulpians, in den realen juristischen Konsequenzen hervortreten, sowohl in dem jus sepulcrale[1]) als in dem Vindikationslegat. Während nämlich alles Eigentum nie ohne den Willen des Erwerbers übertragen werden kann, während dieses Moment des Wissens und Wollens gerade auch beim Erbrecht, wie wir später sehen werden, von fundamentalster Wichtigkeit und ohne dasselbe ein Erbschafts-

[1]) Hier hat er das stärkste Attribut des Gesetzgebers, die Strafgewalt, weil er hier nur über seine eigene Fortdauer, die Fortexistenz seines aufgehobenen Ichs, dekretiert. — So unterscheidet sich auch diese poena von dem legatum poenae nomine, welches im älteren Recht (s. Gajus, II, 235; Ulpian, XXIV, 17) unzulässig war, unter welchem aber immer ein solcher Befehl verstanden wird, welchen der Testator dem Erben in bezug auf dessen ihn selbst (den Erben) persönlich betreffendes Handeln erteilt (weshalb auch immer das Beispiel angeführt wird: Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X Millia Sejo dato), nie aber ein solcher Befehl, durch welchen ein auf den Erblasser selbst bezügliches Handeln geboten wird, wie wir ganz klar aus der in Note 3, S. 245, angez. L. 27 ersehen, wo die vom Erblasser über den Erben in bezug auf ein ihm zu errichtendes Grabmonument verhängte Strafe als eine gültige behandelt wird. Eben wegen dieses Unterschiedes aber können wir uns hier der Untersuchung entschlagen, ob das legatum poenae nomine, welches, im älteren Recht ungültig, von Justinian erlaubt wird (L. un. C. de his quae poenae causa

erwerb nicht denkbar ist, steht dem Testator bei diesem Legat ein Größeres zu. Durch seine alleinige Disposition und ohne Wissen und Wollen des Legatars macht er die Sache zum Eigentum desselben, gerade wie durch ein Gesetz das Individuum ohne sein Wissen und Wollen sofort mit dem Eigentum befaßt wird, das es verleiht[1]).

Dies ist in jener Kontroverse, deren tiefe Notwendigkeit von hier aus klar wird, die Meinung der Sabinianer, welche ausdrücklich behaupten, sofort durch den Erbschaftsantritt werde die durch das Vindikationslegat vermachte Sache auch ohne Wissen des Legatars zu dessen Eigentum, und höre nur auf solches zu sein, wenn er sie ausschlage, während umgekehrt die Prokulejaner, festhaltend daran, daß Eigentumsübertragung im allgemeinen

---

etc., 6, 41), schon in einer ältesten Zeit gültig war und von Justinian nur wiederhergestellt wird, freilich mit einem, durch die Verschiebung des gesamten Erbbegriffes, ganz anderen Begriffsinhalte, als es in jener ältesten Zeit gehabt haben würde, — wie wir einen ähnlichen organischen Trieb in der römischen Rechtsbildung, am Ende auf das ursprünglichste, aber mit einem nun ganz geänderten geistigen Inhalt, zurückzukehren, schon oben bei der justinianeischen Befreiung des Testators von der falzidischen Quart gesehen haben und weiter gelegentlich konstatieren werden.

[1]) Während es bekanntlich heißt, Ulpian, L. 19, § 2 de donat. (39, 5): „Non potest liberalitas nolenti acquiri." — Kann ihm wider seinen Willen zugewendet werden, so wird er auch wider seinen Willen beschädigt werden können, und so werden wir später sehen, wie noch die Kaiserkonstitutionen dem Testator ausdrücklich das Recht zuerkennen, „in fraudem creditorum" die Sklaven durch Testament freizulassen, was er bei Lebzeiten niemals können würde. Aber im Leben ist er auch nur ein Rechtssubjekt gegen andere Rechtssubjekte. Im Testament dagegen sind die Kreditoren, wie wir oben sagten, „bloß Lebende" gegen ihn, den Toten.

und aller Erbschaftserwerb insbesondere nur durch das Wissen und Wollen des erwerbenden Individuums vermittelt und angeeignet werden kann, die legierte Sache erst durch den Willen des Legatars in sein Eigentum übergehen lassen.

Gajus, Comm., II, 195: „In eo vero dissentiunt prudentes; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, *statim* post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiam *si ignoret* sibi legatum esse dimissum, et *posteaquam scierit et spreverit* legatum, *perinde esse atque* si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam sie voluerit eam ad se pertinere; sed *hodie* ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit etc."

Wir haben diese Kontroverse eine notwendige genannt. Ihre Notwendigkeit entsteht nämlich aus dem Konflikt, in welchen in diesem Legat die Souveränität der beiden Ich, die miteinander in Beziehung treten (des Erblassers und Legatars), geraten muß. Die Souveränität des im Legatar vorhandenen Ich verlangt, daß seiner streng geschlossenen Unabhängigkeitssphäre nichts ohne seinen Willen einverleibt werden kann. Die im Testament triumphierende Unendlichkeit des subjektiven Willens, welche das innerste pulsierende Herz des römischen Volksgeistes bildet, bringt aber hervor, daß der Testator mit der ganzen Wucht des öffentlichen Geistes testiert, und verlangt somit umgekehrt, daß, da im Legat nicht, wie in der Erbeinsetzung, der Wille, sondern nur die Sache vermacht wird, auf den Willen des Legatars überhaupt nicht gesehen, sondern ihm die Sache wie durch ein Gesetz ohne seinen Willen angeeignet wird. Der Wille des Toten ist mächtiger und wichtiger, weil die

Substanz des Volksgeistes darstellend, als der des Lebenden.

Vom Standpunkte des Erbrechtes aus betrachtet, zeigt sich daher die Ansicht der Sabinianer als die strengere und konsequentere. Aber gerade deswegen mußte sie in der späteren Zeit erliegen. Ebenso ist die tiefe Konsequenz evident, durch welche diese Ansicht mit der entwickelten spezifischen Natur des Vindikationslegates — bei welchem allein diese Kontroverse möglich ist — verbunden ist. Denn aus der Willensherrschaft des Erben, welche diejenige des Erblassers ist, kann, sagten wir, die einzelne Sache überhaupt nur dann herausgeraten sein, wenn sie schon zum wirklichen Eigentum eines Dritten geworden ist. Ist sie dies im Moment des Erbschaftsantrittes noch nicht, so würde sie immer noch unter diese Willensherrschaft gehören und somit dem Erben, da er ja keinen Auftrag in bezug auf die so legierte Sache empfangen hat, verbleiben müssen[1]).

Dies begriffliche Moment wird im römischen Recht mit so schneidend scharfer Bestimmtheit festgehalten, daß jetzt wieder die Prokulejaner, unter der treibenden Dialektik dieses Begriffes die Konsequenz der Sabinianer übertreffend, behaupten: die durch ein bedingtes Vindikationslegat vermachte Sache sei während der hängigen

---

[1]) Darum sagen auch die Sabinianer nicht, daß die legierte Sache durch Ausschlagung des Legatars zum Eigentum des Erben, etwa durch Akkreszenzrecht, wird; denn die Entäußerung der Sache durch den Legatar würde an und für sich noch nicht imstande sein, sie unter die Willensherrschaft des Erben zurückzubringen, sondern sie stellen dies so dar, als sei dies Legat gar nicht dagewesen, „et posteaquam sciverit et spreverit legatum, perinde esse *atque si legatum non esset*".

Bedingung nicht des Erben, sondern die Sache niemandes.

Gajus, II, § 200: „Illud quaeritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est pendente conditione *cujus esset;* nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statu liberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse jussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed *diversae scholae auctores* putant *nullius interim eam rem esse.*" Und notwendig nehmen sie auch dasselbe von der pure legierten Sache an, so daß sie, wenn sie dieselbe auch zum Eigentum des Legatars erst durch dessen Wissen und Willen werden lassen, sie doch immerhin darin mit den Sabinianern übereinstimmen, daß sie dieselbe schon vorher als res nullius von der Willensherrschaft des Erben abgeschnitten betrachten[1]).

Da, wie wir sahen, die Sache durch dieses Legat zum unmittelbaren quiritarischen Eigentum des Legatars werden muß, weil sie sofort als die seinige gesetzt wird

[1]) Aber wenn die pure legierte Sache bis zum Wissen und Willen des Legatars, und die sub conditione legierte bis zur Erfüllung der Bedingung nach den Prokulejanern *res nullius* sein soll, warum kann sie nicht okkupiert und usukapiert werden? Und wieder umgekehrt, die Sabinianer anlangend, wenn die Sache nach diesen durch dies Legat so sehr der Willensherrschaft entzogen ist, daß sie selbst vor dem Wissen und Willen des Legatars unmittelbares Eigentum desselben ist, wie kann sie während der hängigen Bedingung noch unter der Willensherrschaft des Erben stehen? Auf keine dieser beiden Fragen gibt es eine Antwort. An diesen äußersten dialektischen Spitzen zeigt sich also das notwendige Scheitern der beabsichtigten Konsequenz der juristischen Verstandesbestimmungen, ein Scheitern, notwendig deshalb, weil diese Bestimmungen auf der Grundlage eines fingierten Begriffes (Willensfortdauer nach dem Tode) stattfinden. Das einzige konsequente Testamentsrecht ist das römische — und dieses muß inkonsequent sein.

und so gesetzt wird auf Grund jener nur dem römischen Geiste einwohnenden Willensunsterblichkeit, so ergibt sich als Folge beider Sätze von selbst, daß per vindicationem vom Erblasser nur legiert werden kann, was er selbst in seinem quiritarischen Eigentum hat. Gajus, II, § 196: „Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt." Aber hiermit ist die Reihe der Konsequenzen, zu welcher sich der Begriff dieses bestimmten Legates abrollen muß, noch lange nicht erschöpft.

Das Vindikationslegat, sagten wir, stellt nicht eine Vermögensverfügung des Erblassers überhaupt, sondern eine Abschneidung und Ausstoßung einer bestimmten Sache von der Vermögensmasse des Testators und somit von seiner auf den Erben übergehenden Willensherrschaft dar. Stellte es eine Vermögensverfügung überhaupt dar, so würde es, wie wir später bei den anderen Legaten sehen werden, auch auf die res futura sich erstrecken können. Wenn es aber die Abschneidung und Entlassung einer Sache aus der Willensherrschaft und Vermögenshinterlassenschaft des Erblassers ist, so muß diese bestimmte Sache, um so von ihr abgetrennt und entlassen werden zu können, logisch notwendig vorher in dieser Vermögensmasse und Willensherrschaft gewesen sein, und daher auch schon zu dieser Zeit mit eben jenem entscheidenden quiritarischen Rechte, welches wir als die notwendige Bedingung für die gesetzgeberische und durch bloße Willensverfügung die Sache als quiritarisches Eigentum des Legatars setzende Bestimmung erkannt haben. Dies also ist der begriffliche Grund, weshalb das Vindikationslegat allein sich nur auf solche Sachen erstrecken kann, die nicht bloß zur Zeit des Todes, sondern schon zur Zeit der Testamentsanfertigung

im quiritarischen Eigentum des Testators gewesen sind.

Ulpian, Fr. XXIV, § 7: „Per vindicationem legari possunt res, quae *utroque tempore* ex jure Quiritium testamentoris, *mortis* et *quando testamentum faciebat*[1].)“

Hiervon gibt es eine Ausnahme. „Praeterquam,“ fährt Ulpian fort, „si *pondere, numero, mensura contineantur,* in his enim satis est si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium[2]).“ Es gibt nichts Interessanteres als diese Ausnahme, die keine Ausnahme ist, wenn auf den spekulativen Begriff gesehen wird. Denn was wir vorhin sagten, gilt notwendig nur von der individuell bestimmten Sache. Die Sache muß als diese individuell bestimmte schon zur Zeit der Verfügung im quiritarischen Eigentum des Testators gewesen sein, um in dieser Bestimmtheit von ihm aus seiner Vermögensmasse abgetrennt und als quiritarisches Eigentum des Dritten gesetzt zu werden. Diejenigen Sachen aber, welche „durch Gewicht, Zahl, Maß bestimmt werden“, sind gar keine geschlossene Individualitäten, individuell bestimmte Sachen; sie sind vielmehr — Quantitäten. Die Quantität ist ja aber eben die logische Kategorie der sich gleichgültigen Veränderung, oder des in der Veränderung mit sich Gleichbleibenden, und es zeigt sich hier, daß das Recht diesen Satz der objektiven spekulativen Logik wohl zu berücksichtigen weiß. Weil das Wesen des Quantitativen dies beständige Fließen und Außersichkommen ist, das aber in

---

[1]) Vgl. Ulpian, das. § 11; Gajus, Comm., II, § 196: „. . . alioquin inutile est legatum.“

[2]) Gajus führt als Beispiel an, a. a. O.: „veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam.“

dieser Veränderung stets mit sich identisch, stets Quantität bleibt, so ist durch diese Veränderung nichts geändert, sondern das Wesen des Gegenstandes geblieben, was er war. Ja, es ist eben wegen der objektiven Wirklichkeit des Spekulativen gar keine andere Rechtsbestimmung möglich. Denn sinnlich ausgedrückt: Hätte der Testator diese Quantität Öl, Wein usw. zur Zeit der Testamentsanfertigung besessen, so könnte er sie gar nicht mehr — außer durch höchsten Zufall — auch noch zur Zeit des Todes besessen haben, und besäße er dieselbe Quantität noch, so wäre nur das Quantitative der Sache (100 Maß Öl, Wein) dasselbe, aber es wäre schwerlich diese Quantität der damals besessenen Sache, desselben Weines, Öles usw. Es liegt im wirklichen Schicksal des Quantitativen, weil im Wesen der Quantität, beständig ab- oder auch zuzunehmen. Die vorhandenen Quantitäten zur Zeit des Testamentes und zur Zeit des Todes können sich also gar nicht entsprechen, weil die Quantität eben nicht Qualitatives, Bleibendes ist, und bei Dingen, die ihr Wesen im Quantitativen haben „quae pondere, numero, mensura contineantur", reicht es daher, weil diese die Kategorie des gegen seine Veränderung Gleichgültigen darstellen, hin, wenn sie nur zur Zeit des Todes vorhanden sind.

Wir haben den Begriff des Vindikationslegates aus dem Gegensatz zwischen Erben und Legatar, zwischen Willens- und Sachvermächtnis überhaupt, abgeleitet und ihn infolgedessen als die Abschneidung einer bestimmten Sache von der Hinterlassenschaft des Testators erkannt, wodurch allein diese Sache der in den Erben fortdauernden Willensherrschaft über das Vermögen entzogen werden kann.

Wir zeigten, wie vermöge begrifflicher Notwendigkeit diese Abschneidung nur durch die unmittelbare Entäußerung der Sache zur Sache eines Dritten sich vollbringen kann, so daß durch das Dasein dieses Legates die Sache auf das vollständigste von der Vermögenshinterlassenschaft des Testators abgetrennt ist.

Diese radikale Abtrennung der einzelnen Sache von der Willensherrschaft des Testators zeigt sich wieder entscheidend in den Bestimmungen über die Akkreszenz. Wenn nämlich dieselbe Sache per vindicationem Zweien legiert ist, sei es conjunctim, sei es disjunctim, und der eine Legatar konkurriert nicht, so akkresziert der Teil des ausfallenden Legatars nicht dem Erben (wie dies beim Damnationslegat der Fall), sondern dem anderen Legatar. Denn das Dasein des Legates würde erst durch das Ausfallen sämtlicher Legatare fortfallen. Durch den konkurrierenden disjunktiven oder den conjunctim gesetzten Kollegatar aber wird immer gleichmäßig das Dasein des Legates festgehalten[1]), durch dies Dasein aber die Sache so entscheidend von dem Vermögen des Erblassers abgetrennt, daß die Akkreszenz nur zugunsten des Kollegatars, statt des Erben, gehen kann.

---

[1]) Tiefer daher als der bald folgende äußerliche Bericht des Gajus, sagt uns Ulpian (das. § 12), bei dem conjunctim gesetzten Vindikationslegat entständen nach Zivilrecht die Teile erst durch die reale Konkurrenz der Legatare: „. . . si vero conjunctim, velut „„Titio et Sejo hominem Stichum do, lego““ *jure civili concursu partes fiebant;* non concurrente altero, pars ejus alteri adcrescebat.“ Durch dieses erst Entstehen der Teile durch die reale Konkurrenz ist die Notwendigkeit gegeben, daß hierbei die Akkreszenz überhaupt eintritt, welche erst durch die lex Papia Poppaea beseitigt und in Kaduzität umgewandelt wird.

Gajus, Comm. II, § 199: „Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere."

XVa. Das Vindikationslegat als Präzeptionslegat.

Es ist jetzt nötig, eine Bestimmung hervorzuheben, welche alle Arten von Legaten betrifft und den begrifflichen Gegensatz zwischen Legatar und Erben auf das hellste bloßlegt: „A legatario legari non potest[1])." In der Tat, da das, was dem Legatar übertragen wird, nicht der Wille, sondern die bloße Sache ist, so kann er zu keinem Willensvollstrecker gemacht und zu keinem weiteren Abgeben veranlaßt werden. Diesem Satze entspricht auf der Seite des Erben der umgekehrte: „Heredi a semet ipso legari non postest[2])." Dem Erben kann nicht von sich selbst legiert werden. In der Tat ist dies ebenso unmöglich, als bewirken, daß dem Eigentümer seine Sache noch mehr gehört, als sie ihm schon gehörte. Als der Willensherr ist er der Eigentümer der gesamten Hinterlassenschaft, insoweit nicht Stücke von dieser abgeschnitten worden sind, indem sie als Eigentum eines Dritten gesetzt wurden. Aber eben weil das Vindikationslegat diese Abschneidung der einzelnen Sache von der Erbschaft vollbringt, so kann gerade durch das Legat per vindicationem, und nur durch dieses, der ab-

[1]) Ulpian, XXIV, § 20.
[2]) Ulpian, XXIV, § 22.

geschnittene Gegenstand, eben weil er nicht mehr zur Erbschaft gehört, auch besonders dem Erben gegeben werden. In bezug auf diesen kann also auch der Erbe Legatar sein, — und gerade hierdurch tritt auf das allerentscheidendste jenes Abgeschnittensein des Gegenstandes von der Erbschaft als der Charakter dieses Legates hervor. Zwar hat nun dieses Vindikationslegat, wenn der Erbe selbst der Legatar ist, einen besonderen Namen empfangen: legatum *per praeceptionem*. Allein die völlige substantielle Identität desselben mit dem Vindikationslegat liegt offen am Tage. Sie tritt schon in den Worten Ulpians hervor: „Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem [1]).“ Noch deutlicher aber zeigt sie sich gerade in der Kontroverse, welche dies Legat zwischen den Sabinianern und Prokulejanern veranlaßt hat, wobei sich zugleich der einzige Unterschied ergibt, der etwa noch zwischen ihm und dem Vindikationslegat gefunden werden kann.

Wenn nämlich der gewöhnliche Legatar bei diesem Legat durch die Vindikation die Sache von der Erbschaft abschneidet, so wird dieses Abschneiden, sobald der Erbe der Legatar ist, notwendig von selbst zu einem Voraus-, Vorherabschneiden, vor Übernahme der Erbschaftsmasse. Denn hätte der Erbe sich erst in die Erbschaftsmasse einsetzen lassen, so kann er die Sache doch nicht mehr von sich selbst vindizieren, besäße sie also nicht legati modo, und deshalb muß auch, wenn mehrere Erben sind, sofort durch das judicium familiae erciscundae dem Erben der ihm legierte Gegenstand zugesprochen werden [2]). Hieraus fließt also die Ansicht der Sabinianer

---

[1]) Fr. XXIV § 11.

[2]) Gajus, II, § 219: „Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, *nulla ratione* putant consequi eum, cui fuerit lega-

hervor, daß per praeceptionem nur dem Erben legiert werden könne, denn bei dem bloßen Legatar fehlt das Hinterher der Erbschaft, welches jenes Abschneiden zu einem Vorabschneiden macht, wie er deshalb auch immer vindizieren kann.

Gajus, II, § 217: „Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, *nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset;* praecipere enim esse *praecipuum* sumere; quod tantum in *ejus* persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is *extra portionem hereditatis prae*cipuum legatum habiturus sit."

Aber ebenso ergibt sich hieraus, daß der ganze Unterschied beider Legate doch nur der Unterschied von Abschneiden und Vorabschneiden sei, daß er sich also auf die Silbe „vor" reduziere, welche, in bezug auf den gewöhnlichen Legatar hinzugefügt, sinnlos und unverbindlich sei, aber doch sein Legat nicht umwerfen könne, so daß sich bei ihm das Präzeptionslegat von selbst als einfaches Vindikationslegat darstelle.

Gajus, II, § 221: „Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: *Titius hominem Stichum capito,* supervacuo adjecta Prae syllaba; ideoque *per vindicationem eam rem legatam* videri, quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse."

---

tum, praeterquam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet; *officio enim judicis* id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, *adjudicetur.*

XVb. Der Widerspruch des Vindikationslegates und seine Selbstentwickelung zum Damnationslegat.

Überschauen wir nun, was sich bei Betrachtung des Vindikationslegates ergeben hat, so ist es zunächst der dialektische Widerspruch, in welchem dieses Legat mit seinem eigenen Begriff steht, und zweitens die Aufhebung dieses Widerspruches, die an sich bereits eingetreten ist.

Durch die souveräne Willensverfügung dieses Legates wird die Sache, sowie die Fortsetzung des erblasserischen Willens durch den Erbschaftsantritt des eingesetzten Erben gewiß ist, unmittelbar entäußert und als das quiritarische Eigentum eines Dritten gesetzt. Allein ebendeshalb ist sie dadurch auf das radikalste von der Willensherrschaft des Testators, und darum des Erben, abgetrennt (s. oben S. 236 fg.). Der dialektische Widerspruch ist also der, daß, während der Begriff des testamentarischen Rechtes überhaupt die Realisierung der subjektiven Willensunendlichkeit ist und diese auch einerseits ihren Triumph durch das unmittelbare gesetzgeberische Setzen der Sache als Eigentum eines Dritten feiert (s. S. 241 fg.), andererseits gerade durch diese Abtrennung der Sache von der Willensherrschaft des Testators der Wille desselben — in bezug auf diese bestimmte Sache — fortzugelten aufgehört hat. Indem der Wille tut, was er kann, ist er untergegangen; indem er von seiner Befugnis Gebrauch macht, hat er sich selbst negiert und ist in dieser Sache erloschen. Sie ist nicht mehr Dasein dieses Willens und steht, absolut ge-

trennt von ihm, in keinerlei Bezug mehr auf ihn[1]). Der Legatar reklamiert sie als die seinige, als *res sua,* nicht auf Grund eines fortdauernden Willens des Testators, sondern gerade auf Grund dessen, daß sie dieser Willensherrschaft entzogen und entäußert, daß dieselbe in bezug auf sie zugrunde gegangen ist. — Der Wille hat sich also in seinem Setzen und Verwirklichen ebenso vollständig aufgehoben als gesetzt. Dies ist also noch das Unangemessene und dem Begriffe des Testamentes, der realisierten Willensunendlichkeit des erblasserischen Willens, Widersprechende an diesem Legat, weil durch dasselbe der Wille des Erblassers über die Sache gerade sein Ende gefunden hat. Dies ist also das Treibende und Fortentwickelnde in dem Begriff des Vindikationslegates. Soll das Legat wahrhaft und harmonisch dem Begriffe des Testamentes entsprechen, soll es die unendliche Willensfortdauer des Testators verwirklichen, ohne sie zugleich aufzuheben, so muß die Sache auf Grund des noch fortdauernden Willens des Erblassers, und also als Eigentum desselben — und daher auch, was immer notwendig identisch ist, als Eigentum des Erben — in den Besitz des Legatars übergehen.

Das Mittel zu dieser höchsten adäquaten Realisierung des Legates ist bereits gegeben. Es liegt im Willenserhalter, im Erben, vor und hat sich ebenso auch schon im Legat selbst herausgestellt: im Präzeptionslegat. Indem nämlich dem Erben selbst die Sache legiert wurde,

---

[1]) Daher, wie wir S. 256 sahen, die Akkreszenz zugunsten des Kollegatars. Der dialektische Widerspruch treibt sich so weit, daß die Sache erst dann wieder zu dem Willen des Testators (Erben) in Beziehung tritt, wenn gerade sein Wille aufhört, d. h. wenn es durch das Fortfallen sämtlicher Legatare ist, als wenn das Legat nicht da wäre.

mußte er, jenes Vorabschneidens wegen, genötigt werden, in bezug auf das Legat zu handeln. Es durfte daher beim Erben nicht mehr heißen, mit Benutzung der anderen Formel des Vindikationslegates: Praehabeto, sondern lediglich: Praecipito. Der Erbe muß also hier auch in bezug auf die von der Erbschaft und Willensherrschaft abgetrennte Sache handeln. Ist dies aber gegeben, so liegt überhaupt kein Grund mehr vor, die legierte Sache von der Willensherrschaft abzutrennen; oder vielmehr die Trennung derselben ist überwunden und das Legat hat die Form angenommen, daß es zu einem verpflichtenden Willensauftrag des Testators an den Erben wird, eine bestimmte Handlung des Gebens und Verabreichens vorzunehmen.

Dies ist das legatum per damnationem, durch welches bewirkt wird, was sich uns eben als notwendiges Postulat ergeben, daß die Sache auf Grund des noch fortdauernden Willens des Testators und als Eigentum desselben wie des Erben auf den Legatar übergeht.

Gajus, II, § 204: „Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiam si pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed *nihilominus heredis est;* ideo legatarius *in personam agere* debet, id est intendere *heredem rem sibi dare oportere.*" Die Sache bleibt also bei dem Tode des Testators, trotz des Legates, Eigentum des Erben, und der Legatar hat jetzt auf Grund des noch fortdauernden Willens des Erblassers gegen den Erben die persönliche Klage, daß dieser ihm das Eigentum daran abtrete.

XVIa. Das Damnationslegat als das seinem Begriff adäquate Legat (optimum jus legati). Die bonitarische Sache. Der Eigentumsübergang der per damnationem legierten Sache durch Manzipation, in jure cessio oder Tradition.

Das Damnationslegat ist also die höchste wahrhafte Form des Legates, weil in ihr der testamentarische Erbrechtsbegriff, die subjektive Willensfortdauer, in seinem Gegensatz selbst zu seiner affirmativen Realisierung gelangt ist. Im Damnationslegat bleibt das Legat zwar immer noch der Gegensatz der Erbeinsetzung, Sachübertragung im Gegensatz zur Willensübertragung, weil dies der allgemeine Begriff des Legates überhaupt ist, der daher alle Formen des Legates beherrschen muß. Aber dieser Gegensatz ist hier nicht mehr, wie beim Vindikationslegat, ein bloß abstrakter, sondern das Legat ist hier selbst von seinem Gegensatze, dem Erbbegriff, durchdrungen, indem der Erbe hier zum tätigen Subjekt des Legates selbst gemacht worden ist. Der früher abstrakte Gegensatz zwischen Wille und Sache, Erben und Legatar, realisiert sich hier so, daß der Wille zum Übergreifenden beider, zur Einheit seiner und seines Gegenteiles sich bestimmt und somit nach seinem wahrhaften Wesen verwirklicht hat. Oder der Triumph des Erbbegriffes in diesem Legat besteht darin, den Erben handeln zu machen, worin sich, wie wir dies schon früher überall zeigten, der Begriff des Erbtums, die Willensidentität zwischen Erblasser und Erben, erst wahrhaft bewährt. Und zwar bewährt sich hier der Begriff des Erben gerade am Gegenteile seiner selbst, der Sachverfügung des Legates, und ist so erst

zur herrschenden Einheit der ganzen Sphäre aus der früheren bloßen Gegensätzlichkeit erhoben worden. Zugleich bewährt er sich durch das Fortgehen der Sache als das interesselose reine Dasein des erblasserischen Willens.

Weil also in diesem Legat die Willensfortdauer des Erblassers, welche in der abstrakten Gegenübersetzung von Wille und Sache im Vindikationslegat ebenso gesetzt als negiert war, zur affirmativen Verwirklichung in ihrem eigenen Gegensatz gelangt, so muß daher dieses Legat, als das vom Begriffe der gesamten Sphäre des Testamentrechtes affirmativ durchdrungene, dem römischen Geiste als das seinem Begriffe adäquateste, d. h. als das beste, erscheinen. Und so sehr ist unsere Entwickelung nichts anderes als der eigene Geist des römischen Erbrechtes, daß uns deshalb vom römischen Rechte das Damnationslegat ausdrücklich als das „*optimum* jus legati" bezeichnet wird. Ulpian, Fr. XXIV, § 11: „. . . quo cautum est (nämlich durch das SC. Neronianum), ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si *optimo jure* legatum esset; *optimum autem jus legati per damnationem est.*" Und Gajus, Comm., II, § 197: „Sed sane hoc ita est jure civili; postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si *optimo jure relictum* esset; *optimum autem jus est per damnationem legatum.*"

Da das Damnationslegat kein Geben des Erblassers darstellt, sondern einen den Willen des Erben bestimmenden, vom Erblasser ausgegangenen Willensbefehl, daß er, der Erbe, die zu seinem Eigentum gewordene Sache fortgebe — die Formel lautet deshalb konsequent: Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto oder

dato —, so ist es natürlich schon deshalb nicht mehr erforderlich, daß die Sache, wie beim Vindikationslegat, quiritarisches Eigentum des Testators sei, und daß sie bereits zur Zeit der Testamentsanfertigung in seinem Eigentum, quiritarischen oder bonitarischen, sich befinde. Denn daraus, daß die Sache erst *vom Erben* gegeben wird, folgt, daß die Sache *unter Lebenden* gegeben wird, und hieraus wieder, daß der Zeitpunkt der Testamentsanfertigung überhaupt ganz gleichgültig ist. Da der Erblasser die Sache *nicht dem Legatar gegeben*, sondern nur den Willensauftrag hierzu für den Erben hinterlassen hat, so ist notwendig zunächst schon das ganz einerlei, ob er die Sache bereits zur Zeit des ersten Willensausdruckes oder erst zur Zeit der im Tode vor sich gehenden Willensbestätigung (vgl. Bd. I, sub III, Nr. VI) im Eigentum gehabt hat.

Ferner, wenn die Sache, weil *durch den Erben* gegeben, *unter Lebenden* gegeben wird, so folgt daraus, daß dieses Legat, obgleich es Legat optimo jure ist, dennoch nicht den *gesetzgeberischen* und *spezifisch-römischen* Charakter haben kann, den wir oben (Nr. XV) als eine begrifflich notwendige Seite des Vindikationslegates entwickelt haben; d. h. es folgt hieraus schon, daß die Sache überhaupt nicht im *quiritarischen* Eigentum des Erblassers gestanden zu haben braucht, sondern durch dieses erst durch den Erben wirkende Legat auch bonitarische Sachen *gerade so* gegeben werden können, *wie sie überhaupt unter Lebenden* veräußert werden können. Denn das quiritarische Eigentum des Testators war, wie wir oben sahen, nur deshalb nötig, weil dasselbe *durch den Toten selbst* — beim *Dasein* des Erben, d. h. bei der durch die Erbantretung gewiß gewordenen Willensfortdauer des Testators — ge-

geben, also, wie wir daselbst sagten, auf die römischste Weise von der Welt gegeben wird und wegen dieser gesetzgeberischen, d. h. mit der ganzen Wucht des bestimmten öffentlichen Volksgeistes ausgerüsteten Weise des Gebens unmittelbar als spezifisch-römisches Eigentum des Legatars gesetzt wird, weshalb aber eben diese Weise des Gebens sich nur auf Sachen erstrecken kann, an denen dem Testator zuvor selbst dies spezifisch-römische, quiritarische Eigentum zustand.

Soll das aber alles richtig sein, was wir hier sagten, so würde zunächst noch ein anderes folgen müssen. Es würde nämlich hier wieder hell und deutlich hervortreten müssen, mit welchem Rechte wir oben (S. 243 fg.) sagten, daß der Tote stärker und mächtiger sei als der Lebende. Da nämlich die per damnationem legierte Sache nicht vom Toten selbst, sondern durch den Erben, und also unter Lebenden gegeben wird, so würde die legierte Sache nicht durch das Legat als solches, auch nicht durch ihre Überlassung seitens des Erben, nicht selbst durch ihre Übergabe durch den Erben an den Legatar in das Eigentum des letzteren übergehen können, sondern dieser Übergang in das Eigentum desselben wird nur bewerkstelligt werden können durch das Hinzutreten jener Formen, welche, je nach der Beschaffenheit der Sache, allein Eigentumsübertrag unter Lebenden hervorzubringen imstande sind. Und so sagt Gajus ausdrücklich, II, § 204: „. . . . et tum heres, si mancipii sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit; nam si mancipii rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione dumtaxat pleno jure fit legatarii."

Die Sache muß also, wenn sie res mancipii ist, vom

Erben dem Legatar manzipiert oder in jure zediert werden, um sie zum Eigentum desselben zu machen; wenn sie res nec mancipii ist, ist mindestens die Tradition erforderlich. Es muß dies sein, und der Begriff behauptet mit jedem Schritt sein siegreiches Recht; denn das Damnationslegat ist, weil bei ihm der Erbe die Sache als sein Eigentum gibt, nicht mehr ein Geben des Toten, und also der Kraft desselben beraubt, die Sache durch bloßen Willensakt als Eigentum des Dritten zu setzen; sondern es ist ein Geben unter Lebenden geworden[1]), und daher nur in denjenigen Formen zu vollbringen, welche für Veräußerungen unter Lebenden maßgebend sind.

---

[1]) Und man bemerke, wie Schritt für Schritt die Vollendung des Testamentsrechtes, um der fiktiven Natur des zugrunde liegenden Begriffes willen, sich als ein ebenso fortgesetztes beständiges Scheitern darstellt. Es ist die ungeheure riesenhafte Anstrengung, das zu vollbringen, was gar nicht vollbracht werden kann. Beim Vindikationslegat scheitert der Wille, der sich im Testamente fortsetzen will, daran, daß er, wie wir oben gesehen haben (S. 260 fg.), sich in diesem Setzen vielmehr negiert. Durch seine Verfügung hat er in bezug auf die Sache zu sein aufgehört, sie von sich abgetrennt, und der Legatar reklamiert sie nicht als die Sache des Testators, sondern als die seinige.

So erhebt sich das Legat zu seiner adäquatesten Blüte, zum optimum jus des Damnationslegates. Jetzt erhält der Legatar die Sache auf Grund des fortdauernden Willens des Testators, muß sie als Sache des Testators und des Erben begehren. Aber nun hat das Legat überhaupt aufgehört, als testamentarische Verfügung die Sache zu geben und ist zu einem Akte unter Lebenden geworden, was sich eben am deutlichsten in der Notwendigkeit der Manzipationshandlung ausspricht!

XVIb. Das Damnationslegat als das reale Gesetztsein der Momente des Erbbegriffes, in seinen drei Formen: als Legat der dem Erben gehörenden Sache, als legatum rei alienae und als legatum rei futurae. Die Akkreszenz.

Aber hiermit kann der Kreis der vom Begriff hervorgetriebenen Konsequenzen noch nicht geschlossen sein. Das Damnationslegat ist dasjenige Legat, welches, wie wir sahen, vom Erbbegriffe selbst durchdrungen ist. Indem also in ihm der Erbbegriff selbst erscheint, und zwar nicht mehr als bloß ruhig seiende Willensfortsetzung, sondern indem er hier als das Tätige, auf sein Gegenteil, die legierte Sache, Gespannte und Bezogene auftritt, muß gerade hier, in dieser scharfen und gegensätzlichen Stellung des Erben, der wahre und wirkliche Begriff des Erbtums wie unter dem Reflex eines plötzlichen grellen Lichtes in der schneidendsten Markierung heraustreten. Wenn also wirklich das der wahrhafte Begriff des Erbtums ist, was wir vom Anfang dieser Abhandlung an entwickelt haben, daß nicht die Vermögensübertragung, sondern nichts anderes als die Willensfortpflanzung, die subjektive Willensunsterblichkeit, der Begriff des Erbtums ist, so wird hier der Ort sein, wo dies in der gegensätzlichsten und jeder Verwischung unzugänglichen grellen Schärfe der Züge zum Vorschein kommen muß. Und in der Tat findet der entwickelte spekulative Begriff hier seinen souveränen und jeden Widerspruch abschneidenden Beweis in drei Sätzen[1]: Der Erblasser kann die Sache legieren, die gar nicht sein,

[1]) Gajus. II, §§ 202, 203, 210; Ulpian. XXIV, §§ 8, 10.

sondern nur des Erben Eigentum ist. Er kann ferner die res aliena, d. h. die Sache legieren, die weder sein noch seines Erben Eigentum, sondern das eines beliebigen Dritten ist. Er kann endlich die res futura legieren, d. h. die Sache, die noch gar nicht in rerum natura ist, sondern erst künftighin einmal existieren wird.

In dem ersten Satz zeigt sich die zutreffende Wahrheit des schon früher von uns zur Erklärung des Erbbegriffes (vgl. S. 159) angerufenen Verses des Plautus in seinen beiden Hälften. Wenn das Testament eine Vermögensübertragung wäre, so würde der Testator niemals dazu kommen können, über das selbständige Eigentum des Erben zu disponieren. Da aber der Begriff der Erbeinsetzung vielmehr der ist, einen anderen subjektiven Willen als die Fortexistenz und das identische Dasein des eigenen Willens zu setzen, so findet eben Willensidentität zwischen beiden statt, und der Erblasser wird also notwendig ebenso Willensherr über das Vermögen des Erben, als dieser über das Vermögen des Erblassers, wie dies (vgl. Nr. VIII) als aus dem Begriffe folgend näher gezeigt worden ist und sich hier nur an diesem Legate praktisch bestätigt.

Auf das stärkste tritt in dem zweiten Satze, dem Legate der weder Erben noch Erblasser gehörenden Sache, der wahre geistige Begriff des Erbtums in seiner von uns entwickelten kulturhistorischen Tiefe und Bedeutung (vgl. S. 44 fg.) hervor. Wenn das Erbtum in seinem Begriffe eine Vermögenszuwendung, das Testament eine Verfügung des Testators über sein Vermögen wäre, so würde es keine Brücke geben, welche dahin führte, die Sache eines Dritten legieren zu können.

Der testamentarische Erbe ist aber, sagten wir, die römische Unsterblichkeit, d. h. diejenige geistige

Unsterblichkeit, welche sich der welthistorische Geist auf der römischen Stufe erobert, die Unsterblichkeit des subjektiven Willens. Der Wille ist aber, wie wir gleich anfangs als seinen Begriff entwickelten (S. 34 fg.), nichts anderes als der Trieb des Subjektes, sich in der Außenwelt zu realisieren und dieselbe sich zu unterwerfen. Der subjektive Wille ist durchaus nicht, wie wir, worauf hier Bezug genommen werden muß, schon oben (S. 46) als begrifflich notwendig und als besonders kennzeichnend nachgewiesen haben, auf das Eigene der wollenden Person, auf ihr Eigentum beschränkt. Er hat in dem eigenen Vermögen der Person nur die unmittelbar gegebenen Mittel seiner Ausführung, aber durchaus nicht die Grenze und das ausschließliche Objekt seines Wollens, die er vielmehr nur in der gesamten Außenwelt hat. Soll also die von uns in Anspruch genommene, gleichsam supranaturalistische Bedeutung der subjektiven Willensfortdauer wirklich die zentrale Bedeutung des Erbtums sein, soll diese Fortdauer eine reale sein, so muß der Wille des Testators noch nach seinem Tode fortleben und der gesamten Außenwelt gegenüber fortwirken und fortgelten können, ganz wie während des Lebens des Individuums.

Darum muß der Testator durch das Damnationslegat, durch welches er den Erben nach seinem Willen handeln läßt, auch die res aliena legieren können, und der Erbe ist nun verpflichtet, die Sache herbeizuschaffen, oder, wenn des Testators Wille an der Souveränität eines anderen Ich, an der Unabhängigkeit des Eigentümers, der sie nicht verkaufen will, zerschellt und auf Unmöglichkeit stößt, und er also die Sache in ihrer spezifischen Körperlichkeit nicht übergeben kann, mindestens das Mögliche

aus dem testierenden Willen zu erfüllen und ihren allgemeinen Tauschwert dem Legatar abzuführen (Gajus, II, 202: ... aut *aestimationem* ejus dare debet"). Vgl. Bd. I, S. 184, Note 3, S. 347, Note 1.

In dem legatum rei alienae feiert also die subjektive Willensfortdauer deshalb ihren höchsten Triumph, weil sie sich durch dasselbe der gesamten objektiven Außenwelt gegenüber als fortbestimmend und fortwirkend betätigt. Und ganz merkwürdig deutet uns in einem nunmehr ganz klaren, obwohl bisher gleichfalls stets übersehenen Sinnzusammenhange Gajus an, ebendeshalb sei das legatum per damnationem das optimum jus, weil durch dasselbe die res aliena legiert werden könne. „Comm., II, § 197: „„... optimum autem jus est per damnationem legatum, *quo genere etiam* aliena res legari potest, sicut inferius apparebit! ..."

Wenn aber das Erbtum wahrhaft die realisierte Willensfortdauer des Toten sein soll, so darf der Wille des Toten nicht etwa, wie wir gleichfalls schon früher zeigten (S. 42fg.), nur einen Augenblick über den Tod hinaus fortdauern, um dann zu erlöschen, wie dies für die bloße Vermögensübertragung hinreichend wäre, sondern er muß überhaupt und ins Unendliche als fortexistierend gesetzt sein, d. h. so lange natürlich, als der Erbe, der das Dasein dieses Willens bildet, da ist, wodurch aber, da der Erbe wieder seinerseits einen Erben, d. h. Willenserhalter hinterläßt, das Dasein dieses Willens ins Unendliche kontinuiert ist. Ist der subjektive Wille so für alle Zukunft als daseiend gesetzt, so braucht er sich in seinen Wirkungen nicht auf die zur Zeit des Todes vorhandene Welt zu beschränken, sondern hat die Bewährung seiner Unendlichkeit gerade darin, daß er auch über die in Zukunft erst entstehende Sache schalten und walten

kann. Er kann also über noch gar nicht Vorhandenes, über ein Kind, das künftig einmal eine Sklavin gebären wird, oder über Früchte, die in Zukunft auf einem Acker gewachsen sein werden, verfügen. Gajus, II, 203: „Ea quoque res quae in *rerum natura non est*, si modo *futura est*, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit."

Kaum bedarf es noch der Erwähnung, daß bei dem Damnationslegat, weil hier die Sache zunächst Eigentum des Erben bleibt, wenn von konjunktim gesetzten Legataren einer fortfällt, die Akkreszenz seines Anteiles, im Unterschiede vom Vindikationslegat, zugunsten des Erben, unter dessen Willensherrschaft die Sache ja steht, laufen und der Anteil also *jure civili* in der Erbschaft bleiben muß[1]).

XVII. Das Damnationslegat als das auf den Erbbegriff, und damit auf die Totalität der Erbschaft bezogene Legat, oder das legatum partitionis. — Der heres ex certa re.

Der Begriff des Legates überhaupt ist, daß Sachen übertragen werden, im Gegensatz zum Willen, der auf den Erben übertragen wird. Der besondere Begriff des Damnationslegates ist, daß dies Sachvermächtnis durch den Willensträger selbst, dem ein Handeln aufgetragen wird, zur Ausführung gebracht werden soll.

[1]) Ulpian, Fr. XXIV, § 13; Gajus, II, § 206.

Durch das Vindikationslegat können immer nur einzelne Sachen vermacht werden, zwar alle einzelnen Sachen, aber immer nur als einzelne, und zwar notwendig deshalb, weil der Begriff dieses Legates, wie wir gesehen haben, der ist, die Sache von der Willensherrschaft des Testators abzustoßen, abzuschneiden. Bei dem Damnationslegat dagegen, welches nicht mehr bei dem abstrakten Gegensatz von Wille und Sache stehen bleibt und das Vermächtnis durch die Abtrennung der Sache vom Willen vollbringt, sondern den Erben selbst zum Handelnden macht, kann also diese Beschränkung nicht mehr stattfinden. Weil der Begriff des Legates prinzipiell durchaus nicht im Gegensatze vom Einzelnen und Ganzen der Erbschaft, sondern schlechterdings nur in dem angegebenen Gegensatze von Wille und Objekt liegt, muß es hier gestattet sein, ebensogut wie einzelne Sachen auch einen universellen Anteil der Erbschaftsmasse, und zwar jede beliebige Quote derselben zu legieren. Dies zeigt sich im legatum partitionis, welches sich, da der Erbe darin zum Handelnden gemacht ist, als eine einfache begriffliche Unterart des Damnationslegates darstellt.

Ulpian, Fr. XXIV, § 25: Sicut *singulae res* legari possunt, ita *universarum quoque summa* legari potest, ut puta hoc modo, heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito; quo casu dimidia pars legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quae species partitio vocatur[1]).

Nichts kann also entscheidender zeigen, als das Partitionslegat, daß der Gegensatz des Einzelnen und des Ganzen des Vermögens gar nicht, wie Gans überall meint

---

[1]) Vgl. Gajus, Comm., II, § 254.

und überdies allgemein angenommen wird, den Begriff des Legates bildet. Gans wiederholt gerade noch bei diesem Anlaß (II, 209): „Das Legat verhält sich zur Erbschaft wie ein Einzelnes zum Ganzen." Nein! Das Legat verhält sich zur Erbschaft wie das Objekt zum Willen, und nur weil der Wille das Allgemeine (nicht Ganze) der einzelnen Objekte bildet, die unter seiner Herrschaft stehen, hat auch jener Satz von Gans seine relative, häufig äußerlich zutreffende Richtigkeit, kann aber niemals den Begriff und die geistige Bedeutung von Legat und Erbrecht angeben, und ebensowenig auch nur äußerlich-praktisch überall zutreffen[1]). Der durch solche Verfügung Bedachte erhält in dem von Ulpian gesetzten Fall ganz dieselbe Totalität der Hinterlassenschaft, wie der Erbe; er erhält sie nicht nur faktisch, d. h., wie Gans (S. 210) sehr willkürlich und gegen die direkte Tatsache sagt „zu lauter Einzelnen und diesen (Gegenständen) abgezählt", sondern er erhält sie auch ausdrücklich als Totalität: hereditatem meam partito, dividito. Er ist also gesetzt als

---

[1]) So scheitert er z. B. völlig, wie beim Partitionslegat, auch beim legatum rei alienae, und schon beim Legat der Sache des Erben. Denn wäre der Gegensatz des Einzelnen zum Ganzen der Erbschaft der Begriff, so könnte nun immer ein Einzelnes aus der Erbschaft, also aus dem eigenen Vermögen, legiert werden. Da aber der Begriff des Erbtums nur die Willenserhaltung ist, und der Wille zu seinem begrifflichen Gegenstand nur die gesamte Außenwelt hat, der Gegensatz von Erbe und Legat also nur der von Wille und Objekt überhaupt ist, so muß auch das fremde Objekt vermacht werden können, was daher bei Gans (II, 200) gleichfalls eine nicht begriffene Tatsache bleiben muß. So scheitert also dieser Begriff ebenso sehr an dem Legat selbst, wie wir früher gesehen haben, daß er unfähig ist, das Erbtum zu erklären.

ein solcher, der dieselbe Vermögenstotalität haben soll, wie der Erbe. (Er kann selbst, wie die Worte Ulpians zeigen, somit die lex Falcidia nicht verletzt wird, noch einen viel größeren Totalitätsanteil erhalten, als der Erbe). Gleichwohl bleibt der so Bedachte immer nur ein bloßer Legatar, denn was ihm so übertragen wird, ist immer nur — ob als Einzelnes, ob als Totalitätsanteil — Gegenständlichkeit, materielle Vermögenshinterlassenschaft, Sache, nicht Wille, was allein den Begriff des römischen Erben konstituiert[1]).

---

[1]) Dies ist so sehr der Begriff des Erben, daß ihm gar keine Sache gegeben werden kann. Hierdurch würde er zum Sachempfänger, d. h. Legatar werden. Der Erbe kann die Sachen immer nur als Folge dessen haben, daß er ist (heres *esto*), der daseiende Wille des Testators ist; aber die Sache geben kann ihm selbst der ausdrückliche Wille des Testators nicht, ohne, wie wir gleich sehen werden, ihn zum Legatar zu machen. Dies zeigt sich mit der strengsten und interessantesten spekulativen Konsequenz beim heres ex certa re. Wird nämlich jemand ausdrücklich vom Testator für eine bestimmte Sache zum Erben eingesetzt, so schlägt und beseitigt der ihm einmal aufgedrückte Charakter als Willensinhaber des Toten die Beziehung auf die Sache, deren Erbe allein er sein sollte, und er ist Erbe überhaupt, als wäre nichts von der Sache hinzugefügt. Ulpian, L. 1, § 4 de her. inst. (28, 5): „Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio *detracta fundi mentione.*"

Der Erbe kann also negativ auf eine Sache beschränkt werden, indem die anderen Sachen sämtlich von der Erbschaft abgestoßen werden (Vindikationslegat), oder ihm aufgetragen wird, sie abzugeben. Aber in positiv-direkte Beziehung auf die Sache kann er selbst durch den Willen des Testators nicht gebracht werden. Der Willensbegriff in ihm greift sofort über und beseitigt die unmittelbare Beziehung. Es kann ihm nichts vom Testator gegeben werden; denn sowie ihm der speziellste Gegenstand mit der Erbformel gegeben wird, stößt

Und ebensowenig hört der Erbe dadurch auf, Erbe zu sein, obwohl er dieselbe oder größere Vermögenstotalität als solche, die er bekommt, abzugeben angewiesen wird.

---

sein hierdurch erzeugter Begriff, Willenskontinuator zu sein, die Sache als eine gegebene von sich ab und unterwirft sie, wie alles, was in der Erbmasse vorhanden ist, seiner eigenen, aus seinem eigenen Rechte als Willensdasein des Toten fließenden Herrschaft. Die entwickelte Natur des Begriffes tritt endlich noch deutlicher hervor, wenn nicht ein, sondern mehrere Erben ex certa re eingesetzt sind. Wieder wird durch die Kraft des zivilrechtlichen Begriffes jeder von ihnen zum Erben zu gleichen Teilen, als lautete die Erbeinsetzung nicht auf eine bestimmte Sache; die hinzugefügte Sache aber wird zum Präzeptionslegat, d. h. es wird zur Bestätigung dessen, was wir am Eingang dieser Note sagten, daß der Testator dem Erben als solchem nicht geben kann, dieser vielmehr hierdurch notwendig zum Legatar würde, der Erbe tatsächlich und durch die bloße Operation des Begriffes von selbst zum Legatar für die gegebene Sache verwandelt. Ulpian, L. 35 pr. de her. inst. (28, 5): „Dicebam *receptum* esse, *rerum heredem* instituti posse (schon die bloße Versicherung, es könne in gewisser Weise ein rerum heres eingesetzt werden, hätte unseren Autoren die größte Verwunderung und dadurch ihr Nachdenken veranlassen sollen, da sie bisher ja jeden Erben inhaltlich immer nur als einen rerum heredem auffaßten), nec esse inutilem stipulationem; sed ita ut *officio Judicis* familiae herciscundae cognoscentis contineatur, etc.; *erunt quidem heredes ex aequis partibus* quasi suis partibus instituti; verumtamen *officio Judicis* tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictum est adjudicetur aut attribuatur." Papinian, L. 78 pr. eod. tit.: „. . . *jure* semisses ambos habere constitit, sed *arbitrum* dividendae hereditatis supremam voluntatem etc." Gajus, L. 17 de test. mil. (29, 1): „Si certarum rerum instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, *perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos* instituisset, *resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.*"

Denn abgebend bekundet er sich gerade als der, den der Testator handeln macht als der echte Willensträger i. e. Erbe desselben.

Es ist daher nur die Folge dieses Verkennens des waltenden Begriffes, welche Gans dazu bringen muß, das Partitionslegat als eine „Unangemessenheit" zu bezeichnen (S. 210) und die Rache für diese Unangemessenheit des Verstandes darin zu sehen, daß die Schulden allein auf den Erben übergehen, dieser sich daher erst mit dem Legatar durch besondere Stipulationen partis et pro parte wegen der Schulden sichern muß. Es ist dies vielmehr nur die konsequente und echt spekulative Folge des zivilrechtlichen Erbbegriffes, während der Legatar, der nur ein Vermögensaktivum empfangen hat, an und für sich mit den Schulden nichts zu tun haben kann.

Wenn aber der Testator dem Erben dies Abgeben des gleichgroßen und größeren Anteiles, den er selbst empfängt, auftragen kann, so kann er ihn zunächst doch nicht beauftragen, die gesamte Totalität als Totalität abzugeben. Denn wenn er ihn sehr wohl zum Abgeben des ganzen Vermögens durch Verfügung über alle einzelnen Objekte beauftragen, oder durch Vindikationslegate alle diese von seiner Willensherrschaft abstoßen kann, so würde es doch, wie wir schon früher gesehen haben, formell den Begriff des Erben verletzen (s. hierüber oben S. 192 fg.), die gesamte Totalität als Totalität fortzugeben. Denn das Vermögen der Person als einfaches Ganzes gesetzt, drückt nicht mehr bloß einzelne Sachen, oder einen Umfang von Sachen, sondern die Realität ihres Willens aus, das gegebene unmittelbare reale Dasein dieser Willenssubjektivität. Der Erbe soll nun selbst das reale Dasein des erblasserischen Willens darstellen. Es muß daher wider-

sprechend erscheinen, während er selbst diese Realität sein soll, ihm dieselbe als solche, als einfache Einheit, wieder abzusprechen. Soll dies gleichwohl geschehen, so muß es also mit Berücksichtigung jenes formellen Rechtes des Erben, d. h. bittweise geschehen (Fideikommiß), bis dann die Dialektik des Umstandes, daß nach jus civile durch Einzelverfügungen dasselbe Resultat zu erreichen freistand, der Bitte Zwang verleiht. (S. hierüber genauer oben sub Nr. IX.)

Das Fideikommiß erweist sich so seitens des Fideikommissars als ein Ausfluß des Damnationslegates.

XVIII. Die Selbstaufhebung des Damnationslegates. Das Gesetztsein seiner Widersprüche, oder das legatum sinendi modo.

Wir haben aber bereits gezeigt (S. 265—268), daß der Begriff des Testamentes im Damnationslegat nicht weniger, wenn auch in umgekehrter Weise, scheitert als im Vindikationslegat. Denn aus der testamentarischen Verfügung ist jetzt ein Geben der Sache als Eigentum des Erben und folgeweise ein Akt unter Lebenden geworden, so daß, wie wir an der Notwendigkeit der Manzipationshandlung gesehen haben, der Erbe erst die Gültigkeit der Eigentumszuwendung hervorbringen muß, die ja gerade als Wille des Toten Gültigkeit haben soll.

Das Testament versucht daher, auch diese Negation seiner selbst aufzuheben und, indem es durch den Erben

handelt, doch den Erben wieder zu beseitigen und durch sich selbst zu geben, was es gibt.

Diese neue Anstrengung, welche die dritte und letzte Form des Legates, das legatum sinendi modo, erzeugt, bringt es aber nur zu dem offenen Heraustreten der bisher innerlich im Legat verborgenen Widersprüche, so daß das legatum sinendi modo als die vollständige Auflösung des Legates überhaupt erscheint, und die jetzt offen hervorgetretenen Widersprüche des Begriffes Schritt für Schritt das Aufeinanderplatzen der Kontroversen nach sich ziehen müssen.

Die Formel dieses Legates lautet: „Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere[1].“ Schon in dieser äußerlichen Formel tritt der Begriff dieses Legates vollkommen klar zutage. Es ist kein unmittelbares Geben durch den Testator, wie das Vindikationslegat, sondern ein Handeln desselben durch den Erben, ein Willensauftrag an diesen. Es ist daher ein Damnationslegat, und darum heißt es auch in der Formel „damnas esto“. Andererseits soll aber der Erbe wieder verdrängt werden, damit der Testator selbst als der Handelnde zum Vorschein komme. Die Handlung welche dem Erben aufgetragen wird, ist daher ein Nichthandeln, ein Nichtgeltendmachen seines Erbrechtes, eine reine Passivität. Damit also das Testament selbst als das Handelnde zum Vorschein kommt, hat der Erbe nur zuzulassen, und zwar dies zuzulassen, daß der Legatar selbst auf Grund des Testamentes, wie beim Vindikationslegat, die Sache nimmt und für sich hat, und es werden deshalb konsequent vom Vindikationslegat die Worte und die Formel aufgenommen: „sumere sibique habere“. Dieser

---

[1]) Gajus, II, § 209.

Charakter des Vindikationslegates wird aber wieder dadurch aufgehoben, daß das Legat durch den Erben gehen soll, und also ein Damnationslegat ist, und dies wird wieder dadurch aufgehoben, daß der Erbe sich beiseite halten und der Legatar sich direkt auf Grund des Testamentes nehmen soll, daß es also ein Vindikationslegat ist, und dies wird wieder in unaufhörlichem Wechsel negiert durch das erste Glied, wie dieses durch das zweite, und umgekehrt ins Unendliche. Das legatum sinendi modo ist also nicht die Einheit[1]) des Damnations- und Vindikationslegates, sondern der herausgesetzte Widerspruch eines jeden von beiden mit sich selbst, der geoffenbarte Widerspruch und die objektiv gewordene Unmöglichkeit, die im gesamten Legats- und testamentarischen Erbbegriff liegt. Der Wille kann wohl sagen: Titius soll mein Dasein sein, ohne sich dabei schon in sich selbst zu widersprechen. Er stellt damit nur ein unmögliches Postulat auf, dem bloß die Realität widerspricht, weil Titius in alle Ewigkeit ein anderer subjektive Wille als der Sagende ist und bleibt. Wenn aber der Wille nun weiter geht und zum Beweise seiner realen Fortdauer sich von selbst unterscheiden und reale Bestimmungen (Legate) treffen will, dann muß die von Anfang an vorhandene Unmöglichkeit des fiktiven Begriffes ihm als Widerspruch

[1]) Wie Gans, II, 201 fg., meint, der aber bei dieser Ansicht deshalb stehen bleiben muß, weil er völlig übersieht, wie sowohl das Vindikations- als das Damnationslegat jedes schon seinem eigenen Begriffe widerspricht und die testamentarische Willensfortdauer ebenso aufhebt wie verwirklicht, wie wir dies oben ausführlich nachgewiesen haben. Erst durch diese Darstellung wird dem testamentarischen Erbrecht mit seiner objektiven Entwicklung auch seine objektive Kritik zuteil.

mit sich selbst zu allen Poren herausschlagen, und das Ringen gerade, diesen Widerspruch, in welchen der Wille jedesmal im Vindikations- wie im Damnationslegat innerlich mit sich selbst gerät, zu überwinden, kann, weil dieser Widerspruch sein notwendiges Schicksal, in nichts anderes als in den offenbar gewordenen und herausgesetzten Widerspruch als solchen, d. h. in die vollständige Auflösung des Legates münden, eine Auflösung, welche aber der an seine eigene Substanz gläubige Geist ganz naiv wieder als eine dritte und neue Form des Legates auffaßt.

Das Gesagte wird sich sofort zum näheren Nachweis bringen. Die Folge dieser totalen Auflösung des Legates selbst, die im legatum sinendi modo vor sich gegangen, äußert sich sofort darin, daß hier bei jedem Schritt die Kontroversen aufeinanderstoßen, welche nur der Ausdruck der in diesem Legat gesetzten Widersprüche sind. Diese Kontroversen können hier auch nicht bloß diejenigen der beiden Schulen sein, denn ihr Quell liegt hier durchaus nicht bloß in der Auffassungsweise, in einem inneren Widerspruch, sondern dieser ist eben äußerlich herausgetreten. In der Tat ist bei diesem Legat nichts sicher, als daß der Testator auf diese Weise nur seine Sache und diejenige, welche schon zur Zeit seines Todes dem Erben gehörte, nicht aber die res aliena, legieren kann[1]).

Dieser Punkt ist nach beiden Seiten hin notwendig. Der Testator muß die Sache des Erben so legieren können, denn als Auftrag für den Erben wirkt dies Legat durch den mit dem Erblasser identischen Willen desselben, und verfügt also ebensowohl über die der Willensherrschaft des Erben als des Testators unterworfenen Gegenstände.

[1]) Ulpian, Fr. XXIV, § 10; Gajus, II, § 210.

Als Auftrag dagegen zu einem bloßen Zulassen kann dies Legat den Erben nicht zu einem Handeln nach außen in Bewegung setzen und ihn daher nicht zwingen, die Sache herbeizuschaffen und zu erwerben.

Von hier ab ist alles streitig und der Streit kein zu schlichtender, weil er eben nur der Ausdruck des inneren Widerstreites des Begriffes ist. Zunächst muß schon streitig sein, ob zur Gültigkeit des Legates erforderlich ist, daß die Sache schon zur Zeit des Todes im Eigentum des Erben war, oder ob es auch dann gültig ist, wenn sie erst später in sein Eigentum gelangt. So viel zwar muß feststehen, daß die Sache keineswegs schon zur Zeit der Testamentsanfertigung dem Erben zu gehören braucht, denn da dies Legat nicht (vgl. oben S. 252 fg., 265 fg.) eine Abtrennung der Sache, sondern ein Auftrag an den Willen des Erben darstellt, so muß es jedenfalls völlig hinreichend sein, wenn der Gegenstand in dem Momente unter der Willensherrschaft des Erben steht, in welchem seine Willensidentität mit dem Erblasser — rückwirkend durch die spätere aditio — reell geworden und er als sein Fortsetzer eingetreten ist. Ist es nun aber nötig, daß die Sache schon zu dieser Zeit des Todes dem Erben gehört, oder bleibt das Legat gültig, wenn er sie auch erst später erwirbt? Diese Frage ist schon nicht mehr zu lösen. Denn einerseits hat der zur Zeit des Todes wirksam werdende Wille des Testators den Erben nur zu einem Lassen bestimmt, er konnte also nur über das bereits damals Seinige verfügen. Oder tiefer gesagt: Durch das legatum sinendi modo wollte ja eben, und deshalb verschmähte er das Damnationslegat, der Testator den Erben verdrängen und selber als der testamentarisch Gebende zum Vorschein kommen. So konnte er über die Objekte des Erben verfügen; aber als

Handelnder und somit auch als künftig Erwerbender sollte derselbe ja gerade nach dem Begriff dieses Legates beiseite bleiben, und die Konsequenz dieses Begriffes erfordert daher, daß sich dasselbe auf die künftigen Erwerbshandlungen des Erben nicht erstrecken kann. Umgekehrt ist aber der Wille, den der Erblasser dem Erben aufdrückt, ein bleibender. Der Erbbegriff ist gerade, wie wir häufig gesehen haben, dies, daß der Erbe nicht bloß einen Augenblick nach dem Tode, sondern das fortdauernde Dasein des erblasserischen Willens ist. Der Erbe muß also jederzeit lassen, d. h. jederzeit das zulassen, was sich durch sein bloßes Lassen bewirken läßt. Weil also der Testator hier wieder nicht direkt über die Sache, wie durch das Vindikationslegat, sondern über den Willen des Erben verfügt, muß die Wirkung eine dauernde sein, gleichviel zu welcher Zeit der Gegenstand in sein Eigentum gelangt. Es ist also ganz gleichgültig, für welche von beiden Meinungen man sich entscheidet. Gleich richtig und gleich falsch, sind sie nur das unvermeidliche Aufeinanderplatzen des aufgezeigten begrifflichen Widerspruches. Eine Entscheidung vom zivilistischen Standpunkt ist hier nicht möglich. Und daß auch die erstere Meinung Verteidiger findet, ja, daß diese gerade die Mehrzahl bilden, wie Gajus bezeugt, beweist nur, mit welcher Stärke im römischen Bewußtsein der von uns entwickelte Begriff dieses Legates, als das zum Vorscheinkommen und Verdrängen des im Damnationslegat vom Erben verdrängt gewesenen Testators, tätig ist. Gajus, II, § 212: „Quod si *post mortem* testatoris ea res heredis esse coeperit, *quaeritur*, an utile sit legatum, *et plerique putant* inutile esse."

Noch stärker aber tritt immer derselbe Widerspruch bei der Frage hervor, wie denn die so legierte Sache überhaupt in das Eigentum des Legatars übergeht.

Da hier die Sache nicht durch die gesetzgeberische Verfügung des Vindikationslegates unmittelbar als die eigene Sache des Legatars gesetzt worden ist, oder mit anderen Worten, da sie nicht von der im Erben fortexistierenden Willensherrschaft des Erblassers, wie im Vindikationslegat, abgestoßen und abgeschnitten worden ist — denn diese Selbstnegierung des Willens im Vindikationslegat will der Wille eben vermeiden, indem er die Sache als die seinige reicht —, so steht sie noch unter der Willensherrschaft des Erben, gehört ihm also noch, und es wird darum am Erben sein müssen, sie zur Sache des Legatars zu machen. Darum sagt Gajus, II, § 213: „Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed *manet heredis* eo usque donec is heres tradendo vel mancipando vel in jure cedendo legatarii eam fecerit, *ita et in sinendi modo legato juris est*; et *ideo hujus quoque legati nomine in personam actio* est: *Quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.*"

Allein, wenn der Erbe so die sinendi modo legierte Sache gleichfalls erst durch Manzipation zum Eigentum des Legatars machen muß, so ist ja das legatum sinendi modo als eine eigene Art des Legates ganz fortgefallen und schlechthin zum gewöhnlichen Damnationslegat geworden. Die testamentarische Verfügung, die gerade, um als solche zu wirken und zum Vorschein zu kommen, vom Damnationslegat abgehen und eine neue Art des Legierens schaffen wollte, hat diesen Zweck gänzlich verfehlt und ist wieder, ganz wie beim Damnationslegat, in den Akt unter Lebenden umgewandelt, welcher ihr erst die Kraft und Wirksamkeit der Eigentumsübertragung verleiht.

Da es aber gerade der Begriff dieses Legates war, den

Erben als Gebenden zu verdrängen und den Testator selbst durch diese testamentarische Verfügung als das Gebende zum Vorschein zu bringen, somit gerade den Akt unter Lebenden zu beseitigen — und deshalb eben wurde der Erbe nur angewiesen, zu lassen, und der Legatar direkt, wie beim Vindikationslegat, „zu nehmen und für sich zu haben" —, so muß diese Konsequenz falsch und die Vornahme der Manzipation, in jure Zession oder Tradition durch den Erben hier überflüssig sein. Und darum fährt Gajus fort, II, § 214: „Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in jure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra ei testator imperavit *quam ut sinat*, id est *patiatur*, legatarium rem sibi habere." Diese Ansicht ist, wie die ihr von uns gegebene Entwickelung zeigt, keine bloße Wortreiterei, sondern beruht vielmehr, da die Formel selbst nur der Ausdruck des Begriffes ist, auf dem innersten Begriffe dieses Legates.

Aber gleichwohl ist diese Ansicht ebenso falsch, wie die vorige. Denn es ist offenbar, daß auf diese Weise das Eigentum der Sache auf den Legatar gar nicht übergehen würde. Wodurch sollte das Eigentum übergegangen sein? Der Testator hatte die Sache nicht von der Willensherrschaft des Erben abgetrennt, und es wird niemand einfallen zu behaupten, daß der Legatar sie vindizieren könne; er hat vielmehr nur, wie Gajus deshalb mit Recht hervorhob, eine in personam actio gegen den Erben. Indem der Testator dem Willen des Erben einen Auftrag in bezug auf die Sache gab, erkannte er vielmehr, daß sie unter diesem Willen stehen, bei seinem Tode Eigentum desselben sein solle, was nicht bestritten werden kann. Wenn aber die Sache nun einem Lebenden ge-

hört, so kann ihre Veräußerung wiederum nur durch die Formen bewirkt werden, welche allein Veräußerung unter Lebenden zu bewirken vermögen, und es wird daher hier mit derselben Notwendigkeit, wie beim legatum per damnationem, die Manzipation usw. nötig sein, um das Eigentum zu übertragen. Damit tritt aber wieder der vorige Widerspruch ein, und so geht das Ballspielen desselben mit sich selbst fort ins Unendliche.

Wir hatten also Recht zu sagen, daß das legatum sinendi modo nur die vollständige Auflösung und das Scheitern des Legates überhaupt darstellt, das Heraustreten des inneren Widerspruches im Legatsbegriffe selbst, welches wiederum nur die Äußerung jener fiktiven Natur des Erbbegriffes ist, vermöge welcher der Wille nach seinem Erlöschen fortexistieren und sich als fortexistierend bewähren will.

Es ist immer nur eine Folge desselben Begriffswiderspruches, daß eine ebensowenig zu entscheidende Kontroverse darüber ausbrechen muß, was eintreten soll, wenn sinendi modo mehreren Legataren disjunctim dieselbe Sache legiert ist. — Wenn per damnationem zwei Legataren dieselbe Sache legiert ist, so wird sie jedem von beiden vom Erben ganz geschuldet[1]). Denn der Wille desselben ist angewiesen, sie jedem von beiden zu geben, und der Erbe muß daher, nachdem er sie dem einen Legatar überliefert, in bezug auf das andere Legat, wie bei der res aliena, welche ihr Eigentümer nicht ablassen will (vgl. oben S. 270), mindestens das Mögliche tun, und wenn er die Sache nicht in ihrer spezifischen Körperlichkeit herbeischaffen kann, doch ihre allgemeine Materia-

---

[1]) Ulpian, Fr. XXIV, § 13: „quod si disjunctim, singulis solidum debetur."

lität, den Tauschwert, dem anderen Legatar übergeben[1]).

Wie aber beim Legat sinendi modo? Die legierte Sache ist unter den Willen des Erben gestellt und dieser für jeden von beiden Legataren auf gleiche Weise angewiesen worden, ihm eine Sache zu überlassen, welche auch im Augenblick des erblasserischen Todes dem Erblasser respektive Erben gehörte, und daher sinendi modo legiert werden konnte. Der Erbe schuldet sie also auf gleiche Weise jedem von beiden Legataren und muß den Willen des Testators jedem von beiden gegenüber zum Dasein bringen. Er muß also, wenn er den einen Legatar die spezifische Sache nehmen ließ, dem anderen gegenüber nichtsdestoweniger seine Willensverpflichtung erfüllen und ihn, wie bei der nicht beizuschaffenden res aliena, das Sein der Sache für den Menschen, d. h. ihren allgemeinen Tauschwert nehmen lassen[2]). Oder mit anderen Worten: das legatum sinendi modo ist, wie wir früher sahen, weil auch das Lassen immer eine innere Willenshandlung darstellt, diejenige nämlich: von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen, immer auch ein Damnationslegat, und daher die Verpflichtung dieselbe. Ja, da Lassen gleichfalls eine Willenshandlung ist, kann man sogar sagen, daß der

---

[1]) Gajus, II, § 205: „si vero disjunctim singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem ejus praestare debeat."

[2]) Mit Unrecht meint daher Gans, II, 202, der die gesamte Reihe dieser Kontroversen nicht entwickelt, weil ihm der wahre Testamentsbegriff entgeht, welcher in ihnen waltet und scheitert, bei der Erwähnung dieser letzten Kontroverse, daß die andere bald folgende Ansicht die konsequentere sei wegen des Wortes: lassen. — Der Erbe könnte ja ebenso gut den zweiten Legatar den Tauschwert nehmen lassen.

Erbe dem zweiten Legatar zur Entschädigung verpflichtet ist, weil er die für diesen bestimmte und in seiner Willensherrschaft befindliche Sache von einem anderen — dem ersten Legatar — nehmen ließ[1]).

Und diese Ansicht gerade ist es, die am meisten durchgedrungen ist[2]).

Aber umgekehrt sagt der Erbe mit demselben Recht: der Testator hat, indem er sinendi modo legierte, mich gerade außer Spiel bringen, und selbst als der Gebende zum Vorschein kommen wollen. Es existiert also bei diesem Legat nur der Testator und der Legatar als die tätigen, gebenden und nehmenden Parteien; ich selbst existiere nur als ein Lassender, sich beiseite Haltender, und halte mich daher ebenso beiseite dem zweiten Legatar gegenüber, der die Sache nicht mehr, wie dem erstgekommenen, der die Sache noch in meinem Besitze vorfindet. Und so berichtet Gajus, II, 215: „Major illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disjunctim elegasti; *quidam putant* utrisque solidum deberi, sicut per damnationem; *nonnulli* occupantis esse meliorem conditionem aestimant quia cum in eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi neque dolo malo fecit quo minus eam rem haberet."

Dies sind die drei Formen des Legates, von welchen die anderen Legate (per praeceptionem und per parti-

---

[1]) Hierin zielt das letzte Moment in der Antwort, welche die Anhänger der anderen Ansicht bei Gajus, II, § 215, erteilen: „neque *dolo malo fecit,* quo minus eam rem haberet."

[2]) Celsius, L. 14 de usu et usufr. (33, 2).

tionem) nur Unterarten bilden. Das Legat mußte sich, wie wir gesehen haben, seinem eigenen Begriff zufolge, weil es den Gegensatz vom *Sach*vermächtnis zum *Willens*vermächtnis darstellt, zuerst als legatum per vindicationem bestimmen. Die Unangemessenheit aber, in welche in diesem Legat der testierende Wille mit sich selbst gerät, indem er, seine Fortexistenz an der Sache bewähren wollend, sich vielmehr selbst negiert, muß dieses Legat dazu treiben, über sich selbst hinauszugehen und sich zum legatum per damnationem zu entwickeln, in welchem der testierende Wille die Sache *als die seinige*, und somit in affirmativer Bewährung seiner Fortexistenz verabreicht. Aber auch diese adäquateste Realisierung und vollendetste Gestalt des Legates, in welcher dasselbe dem Erbbegriff nicht mehr abstrakt gegenübersteht, sondern von ihm durchdrungen und vermittelt ist, ist erst recht die höchste *Selbstentäußerung* des testierenden Willens. Denn die testamentarische Verfügung ist jetzt völlig untergegangen und zum *Akt unter Lebenden* geworden.

Indem der Wille des Toten gegen diese neue Negation angehen und sich als das *Selbstgeltende* bewähren wollen muß, schafft er das legatum sinendi modo, kann aber sachgemäß durch dasselbe nichts anderes zustande bringen, als das *offene* und *positive Heraus- und Gegenübersetzen* dieser bisher nur innerlichen Widersprüche, so daß dieselben jetzt nicht mehr bloß innerlich als Widersprüche des Begriffes und *für* den Begriff vorhanden, sondern, als herausgesetzte, auch für *das positive Recht* da sind, und sich in jedem Punkt die aufeinanderplatzende Masse unlösbarer Kontroversen erzeugt, in welchen sich die Auflösung des Legates und das Scheitern des Testamentsbegriffes an seiner realen Unmöglichkeit objektives Dasein gibt. So ist beim Erb-

begriff, wie anderwärts, seine objektive Darstellung und Entwickelung zugleich seine alleinige und wahrhafte Kritik. Dem in seine Substanz versenkten und zum Bewußtsein über sich selbst aber noch nicht gelangten Geist kann diese objektive Kritik, die er selbst in seinem Entwickelungsdrange vollzieht, noch nicht als Kritik erscheinen. Er faßt sie vielmehr immer nur als ein neues objektives Produkt und folglich das legatum sinendi modo, welches nur die herausgetretene Selbstauflösung des Testamentsbegriffes ist, ruhig als eine neue und dritte Form des Legates, welche friedlich neben die beiden anderen tritt.

XIX. Die historische Entwickelung des Legates. Das SC. Neronianum und Justinian.

Die Umbildung aber, welche später durch das SC. Neronianum und endlich durch Justinian[1]) mit dem Legate vorgeht, würde bereits kaum einer näheren Zergliederung bedürfen, da sie nur den ganz analogen, auf dem allmählichen Absterben des Begriffes beruhenden Verlauf nimmt, welchen wir oben bei dem Fideikommiß und der querela inofficiosi bis ins einzelne dargetan haben, und ihr Verständnis also für jeden unter analoger Festhaltung jener parallelen Bewegung völlig klar zutage liegen muß.

In Kürze ausgeführt, ist diese geschichtliche Entwickelung folgende: Was in den Unterschieden der Legatendogmatik das gliedernde Element bildete, war, wie wir

---

[1]) L. 1 C. Comm. de leg. (6, 43); vgl. L. 21 G. de leg. C. de leg. (6, 37).

näher gesehen haben, die Anstrengung des erblasserischen Willens in der Betätigung und *Äußerung* seiner Willensfortexistenz, die in der Legatenverfügung vor sich geht, *sich* und *seinen* Willen als das *allein* Fortexistierende und Geltende, Vermögen wie Erben gegenüber, zur markierten Unterscheidung zu bringen und in betonter Differenzierung hervorzuheben; ein Streben, welches, wie wir ebenfalls sahen, ihm stets mißglücken und notwendig in das Gegenteil umschlagen mußte, vielmehr sein Untergegangensein in den Legatar oder Erben hinein immer deutlicher zu manifestieren, so daß das dritte Legat, das legatum sinendi modo, nur das *positive Gesetztsein* dieser Widersprüche seines Wollens und Erreichens darstellt. Indem jetzt aber in dieser Legatsform das *Zerschellen* dieses Unterscheidens, das *Nichterreichen* dessen, was durch jenen Differenzierungstrieb erreicht werden sollte, *gesetzt* ist, sind somit auch dadurch schon die *Unterschiede* dieser Legatsformen zu *an sich gleichgültigen, indifferenten* geworden.

Der Erblasser muß jetzt einsehen, daß er es zu einer *höheren, reineren* Willensfortdauer als der im Erben gegebenen auf dem gesamten erbrechtlichen Gebiete nicht bringen kann, und daß sein Trieb, auch *diesem* gegenüber und in Unterscheidung von dem *eigenen* Willen desselben sich als die fortwollende Kraft aufzuzeigen, ein höchst illusorischer ist. Er hat in der Erschöpfung dieser Unterschiede gesehen, daß er bei diesem Triebe nur von der Scylla in die Charybdis, von dem Untergang im Erben in den noch schlimmeren Untergang in den bloßen Sachempfänger hineinfällt. So bleibt ihm denn nichts übrig, als gegen den Untergang im Erben die Augen zuzudrücken und die andere Seite hervorzuheben, daß er in ihm ja den Willenserhalter haben soll. Aber freilich, das *Geständ-*

nis von der Gleichgültigkeit dieser Unterschiede, von der Vergeblichkeit dieser Zermarterung an der unmöglichen Aufgabe, wird er nicht eher ablegen können, den Mut der Resignation, die zu diesem Eingeständnis erforderlich, wird er nicht eher in sich finden können, als bis er sich schon einige Zeit überhaupt daran gewöhnt hat, im Erben sein Grab zu finden und von seinem Willenserhalter sich Zwang antun zu lassen, d. h. bis einige Zeit nach der lex Falcidia verflossen, von der wir ja gesehen haben, wie gerade hierin ihre Tat und Bedeutung besteht[1]).

Und so steht denn wieder Begriff wie Chronologie und ebenso die Entwickelung des Erbtums, wie die parallele des Legatensystems, in vollster innerer Übereinstimmung bei der Hauptbresche, welche durch das unter Nero erlassene und nach ihm benannte Senatuskonsult in die Dogmatik der Legatsunterschiede geschossen wird. Durch das SC. Neronianum wird verfügt, daß jedes bestimmte Legat, welches in seiner Bestimmtheit nichtig wäre — also ein Vindikationslegat, weil die legierte Sache nicht zu beiden Zeiten (des Testamentes und des Todes) quiritarisches Eigentum des Testators war, oder ein legatum sinendi modo, wenn die Sache eine res aliena ist —, doch so, als wäre es optimo jure legiert worden, d. h. als Damnationslegat aufrecht bleiben solle.

Ulpian[2]): „Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, *ut quod minus aptis verbis legatum est,* perinde sit, ac si optimo jure legatum esset; optimum autem jus legati per damnationem est[3]).“

---

[1]) Siehe oben Nr. VII.

[2]) Fragm. XXIV, § 11ª.

[3]) Vgl. Gajus, II, §§ 197, 212, 222.

Vom juristischen Standpunkt aus kann man in diesem Senatuskonsult die größte Freiheit der Legatenverfügung, somit eine höhere Entwickelung derselben und alles Beliebige sehen. Vom Standpunkt des streng logischen Begriffes aus hat dasselbe, in präzisester Anpassung an die von ihm gegebene materielle Vorschrift, nur eine präzise Bedeutung: die Unterschiede des Vindikationslegates, Damnationslegates, legatum sinendi modo sind zwar nicht aufgehoben. Denn jedes derselben soll ja in seiner Eigentümlichkeit und mit seinen ihm eigentümlichen zivilrechtlichen Wirkungen bestehen bleiben, wenn zivilrechtlich in der bestimmten Form legiert werden konnte, in der legiert worden ist. Die Unterschiede der Legate bleiben also noch bestehen und werden als bestehende erhalten. Aber wenn das Legat in seiner bestimmten Unterschiedenheit nichtig wäre, dann soll es von selbst seine Form wechseln, dann sollen diese Unterschiede ihre unterscheidende und ausschließende Kraft gegeneinander verlieren, und es soll angesehen werden, als ob es schlechthin Legat überhaupt, Damnationslegat, wäre.

D. h. also: die Unterschiede der Legatendogmatik bleiben bestehen, werden aber als gleichgültige gesetzt, als indifferente eingestanden. Das SC. Neronianum ist das seufzende Eingeständnis des ermatteten Testators: „Es ist ja alles einerlei!"

Wenn die Unterschiede aber als gleichgültige gesetzt werden, so sind sie doch damit an sich aufgehoben — und was tut dann Justinian anders, als daß er dem durch das SC. Neronianum schon innerlich Geschehenen nur Ausdruck gibt? daß er das Geständnis des Testators, es sei ja alles einerlei, nur beim Wort nimmt und aus Tatsachen in Worte übersetzt, wenn er in der

schon oben angezogenen Konstitution[1]) sagt: die gesamten Unterschiede in der Legatendogmatik seien eine bloße Subtilität (quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet?), welche schon die Zeit vor ihm unerträglich gefunden (quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit etc.), und er wolle daher alle Legate auf eine Natur zurückführen (omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis *unam naturam imponere?*).

Allein freilich, gerade durch dieses „beim Wort nehmen" des Testators entsteht notwendig ein großer inhaltlicher Unterschied zwischen der Verordnung Justinians und dem SC. Neronianum, der ebensowenig übersehen werden darf.

Durch das SC. Neronianum waren die Unterschiede der Legatendogmatik noch als bestehende anerkannt worden, und so erzeugte jedes Legat, das in gültiger Weise hinterlassen worden war, noch die ihm eigentümliche Wirkung, das Vindikationslegat die actio in rem, das Damnationslegat die actio in personam usw. Allerdings hatte der Erblasser durch die Bestimmung, daß jedes in seiner Bestimmtheit nichtige Legat als Legat überhaupt (optimo jure) oder Damnationslegat fortwirken solle, die Unterschiede als gleichgültige gesetzt und das Geständnis abgelegt, daß alles einerlei sei. Allein auch dieses Geständnis hatte er erst an sich oder für uns gesetzt. Für sich selbst hält er noch, worauf bereits oben hingedeutet, an der anderen Seite der Sache, an ihrem noch positiven Scheine fest.

Das Legatum per damnationem ist ja, wie wir früher gezeigt, als Geben durch den fortexistierenden Willen (den Erben), die adäquateste Realisation des Erbbegriffes;

[1]) L 1 C. Comm. de leg. (6, 43).

gerade darum ist es Legat par excellence (Legat optimo jure) oder Legat überhaupt. Indem nun jedes für sich nichtige Legat noch als Legat überhaupt, als Legat optimo jure bestehen bleibt, klammert sich der Erblasser noch an den Trost an, daß er ja dadurch seine höchste Willensbetätigung und Fortdauer habe! Nachdem seine Anstrengung zerschellt ist, durch das Vindikationslegat und durch den Übergang von dem schon gefundenen Damnationslegat zum Legat sinendi modo sich gegen dem Erben als das Fortwirkende zu differenzieren und ihm gegenüber aufzuzeigen, kehrt er — und darum jetzt, wie wir früher sagten, mit zugedrückten Augen, zugedrückt gegen die Resultate seines eigenen Tuns und die Erfahrungen seines eigenen Dogmatisierens — zu dem illusionären Trost zurück, daß er in dem Erben ja seine höchste Willenserhaltung habe, und jedes Legat, wenn es nichts anderes sei, mindestens diese höchste Willensbetätigung per damnationem, ein Gesetz für den Erben, sei.

Aber wie er sich diesen illusionären Trost auf dem rein erbrechtlichen Felde wird vergehen lassen müssen, so muß er ihn auch ganz parallel auf dem Legatengebiete rettungslos sich auflösen sehen, und gerade durch diese höchste Stellung des Damnationslegats ist schon an sich die Aufhebung desselben und dieser seiner trostreichen Bedeutung gegeben.

Denn was ist denn dem Erblasser zerschellt? Eben nur jenes Bestreben, das Legat als eine reale Betätigung seines Selbstgebens und seiner fortwirkenden Willensäußerung zu vernutzen. Dies war der begriffliche Existenzgrund des Legates, dies das treibende Prinzip seiner Dogmatologie, seiner Gliederung zu jenen begrifflichen Unterschieden gewesen. Aber dies gerade, dieser spiritualistisch-begriffliche Tic, den der Erblasser im Legat aus-

zuführen strebt, hat Schiffbruch gelitten. Mit jenem resignierten Eingeständnis: „es ist ja alles einerlei", das der Erblasser durch das Neronianische Senatuskonsult ablegte in bezug auf die Form der Legate, hat er somit zugleich an sich in bezug auf den Inhalt des Legatsbegriffes das Geständnis abgelegt: mit jenem in seinem Legieren Sichselbst zum Vorschein bringen wollen, mit jener Anstrengung, die fortexistierende Eigenwilligkeit als das herrschende und geltende Prinzip in der Form des Legates an den Tag legen zu wollen, sei es nichts; das Legat sei nur das Geben von Sachen überhaupt; gleichviel welche Form das Legat habe, es lasse sich eben nur geben, und, gleichviel wie, gegeben sei gegeben.

Mit dem Geständnis von dem Alleinerlei der Legatenform ist also zugleich in bezug auf den Inhalt des Legatsgedankens an sich eine entscheidende Umwendung, ein totaler Verderb des Prinzips eingetreten.

Während ursprünglich das Legat oder die Sache nur der Boden war, an dem und auf dem der Erblasser die Lebendigkeit seines Willens durch die oszillierenden Schwingungen desselben zum Erben gegenüber äußern und bewähren wollte, während also das Legat oder die Sache nur die Bedeutung für ihn hatte, der Boden zu sein, den er von sich erzittern machte, so ist jetzt erst die Sache aus diesem Boden des Willens zu seinem Inhalt geworden. Jetzt erst hat das Legat, weit entfernt, die bloße Resonanz jenes Subjektivismus zu sein, der gerade an seinem Gegenteil, der Sache, durch seine Macht über sie seine Lebendigkeit am meisten bewährt, sie an ihr äußert und ausläßt, die substantielle Bedeutung erhalten, bloßes Fortgeben von Vermögen zu sein. Der tätige Begriff des Legates ist damit

dialektisch in sein Gegenteil umgeschlagen, er ist untergegangen in die Sache und ihren Empfänger. Er ist jetzt nur zu jener Selbstaufhebung des Willens geworden, die in dem bloßen Fortgeben von Sachen liegt. Wie die Willenssubjektivität im Erben, in dem sie ihren Erhalter finden wollte, seit der lex Falcidia ihren negativen Unterdrücker und somit ihr Grab gefunden hat, so hat sie mit dem SC. Neronianum im Reich des Legates, durch welches sie ihre im Erben fortdauernde Existenz gegen denselben äußern und setzen wollte, im bloßen Vermögensnehmer, dem Legator, ihr Grab gefunden.

Alles dies ist an sich im SC. Neronianum mit der eingestandenen Alleinerleiheit der Legatsform enthalten, an sich ist daher in demselben auch schon das Damnationslegat als solches — das Damnationslegat in seiner spezifischen begrifflichen Bedeutung als adäquateste Äußerung des supranaturalistisch fortexistierenden Willens, wie wir es oben hatten — zugrunde gegangen.

Daß das Damnationslegat hier schon an sich zugrunde gegangen, obgleich es als die vorherrschende Form aller Legate gesetzt ist, zeigt sich unschwer auch in folgender Weise: Das Damnationslegat, welches gegen seine Form gleichgültig ist, welches in jedem Vindikationslegat, Sinendilegat usw. enthalten sein soll, kann ja nicht mehr seiner Bedeutung nach identisch sein mit jenem ursprünglichen Damnationslegat, welches an seine Form, in deren spezifischer Natur gerade der Punkt lag, weshalb dieses Legat optimum jus bildete (s. oben S. 261 fg.), ausschließlich gebunden war. Das Damnationslegat, als allgemeines, in jedem Legat vorhandenes Legat gesetzt, weil es das Legat optimo jure ist, verliert dadurch gerade das, wodurch es Legat

optimo jure war; dieses Damnationslegat ist also jetzt gar nicht mehr, was nur in seiner Form lag, Damnationslegat, d. h. jene die Fortexistenz des erblasserischen Willens auf die adäquateste Weise, weil durch sein Handeln im Erben siegreich aufzeigende Selbstbetätigung, sondern es ist Legat überhaupt, bloßes Vermögensgeben, entleert von dieser begrifflichen spiritualistischen Bedeutung, geworden.

Alles dies liegt aber nur an sich im SC. Neronianum. Justinian spricht diese inhaltliche Seite nun nicht weniger aus, als er das Aufgehobensein aller Legatsunterschiede durch dieses Senatskonsult ausspricht. Da sich doch einmal durch das Legat nur geben läßt, und gar nichts anderes tun noch beweisen, so sei beim Legat eben nur vom Geben die Rede, und gegeben sei gegeben, mehr als eine Sache geben könne man nicht, und wer eine Sache gebe, der gebe sie eben auf alle Weise.

Dies ist die Sprache des innerlichen Begriffes, in welche sich seine Verordnung übersetzt und welche sogar aus den Worten hin und wieder nicht undeutlich herausklingt. („. . . Si enim testator *ideo* legata vel fideicommissa dereliquit, ut *omni modo* personae ab eo honoratae ea *percipiant* etc." Das heißt doch also ganz direkt: nur um das Geben handle es sich beim Legat, und wer eine Sache irgendwie gebe, gäbe sie auf alle Weise.) Aber auf das stärkste tritt es in den realen Vorschriften seiner Verordnung hervor. Denn weil das Legat nur gebe, und geben heiße auf alle Weise geben, wird jetzt auch das Damnationslegat aufgehoben und die Wirkungen aller Legatsformen, die actio in rem aus dem Vindikationslegat, die actio in personam aus dem Damnationslegat, und noch eine actio hypothecaria, wird also alles mögliche und noch einiges darüber auf dieses eine Legat

des bloßen Vermögensgebens gehäuft („apparet“, heißt es nach den zuletzt angeführten Worten unmittelbar weiter, „ex ejus [testatoris] voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut *omnibus modis* voluntati ejus satisfiat“). So zertritt denn auch hier mit ehernem Fuße der jetzt zur Herrschaft gekommene stupide Vermögensstandpunkt alle jene feinen und organischen Unterschiede des Begriffes, welche im Legat herrschten, solange Legat Legat und Erbrecht Erbrecht war.

Unsere Juristen aber haben die schöne Unbefangenheit gehabt, Justinian zu glauben, daß das Legat immer das gewesen sei, wozu es durch ihn erst wird; daß es immer das gewesen sei, wozu es erst in einer Zeit wird, in welcher Legatar wie Erbe beide so sehr den spannenden Gegensatz ihres Wesens verloren haben, daß beide jetzt an sich dasselbe sind, und der Legatar daher den Erben sogar verdrängen und seinen Platz einnehmen kann[1]), weil Legat wie Erbtum eben sich gleichmäßig zum bloßen Vermögensnehmen degradiert haben, und der Begriff nur noch wie ein Schatten seiner früheren Wirklichkeit über den Figurationen und Einteilungen des Rechts schwebt.

Wir gehen jetzt aber dazu über, die Operation des Erbbegriffes nun auch auf der besonderen Seite des Erben hervortreten zu lassen.

---

[1]) Siehe oben die Note 1 zu S. 131.

XX. Die Operation des Begriffes seitens des Erben. Rückblick auf den allgemeinen Begriff.

Wir haben gesehen, daß der Begriff des Erbtums die Willensidentität zwischen Erblasser und Erben ist. Sie ist es, welche seitens des Erblassers durch die Erbeinsetzung erzeugt wird, und letztere besteht in nichts anderem als darin: eine andere Person als das Dasein des eigenen Willens zu setzen, wodurch sich der Testator jene unendliche Fortdauer seiner Willenssubjektivität, jene subjektive Willensunsterblichkeit erzeugt, welche wir als das innerste Geheimnis und die wahre welthistorische Bedeutung des römischen Geistes, als die geistige Unsterblichkeit in ihrer römischen Auffassung, oder, was dasselbe ist, als die unmittelbare Vorstufe der christlichen Unsterblichkeit, kennen gelernt haben, in welcher der individuelle Geist sich nicht mehr als auf die Außenwelt bezogen (als endlicher Wille), sondern als insichseiender, als rein auf sein eigenes Wesen bezogener (als Geist), als unsterblich setzt. Man kann daher das Verhältnis und den Gegensatz von Römertum und Christentum kurz in die Antithese von Willensunsterblichkeit und Unsterblichkeit des Geistes zusammendrängen. Der Gegensatz besteht eben darin, daß dort noch der individuelle Geist als auf die Außenwelt bezogener, d. h. also gerade als endlicher subjektiver Wille, als der gerade auf diese Sphäre der Endlichkeit (der Gegenständlichkeit) bezogene Trieb, hier dagegen, im Christentum, der individuelle Geist als auf sein unendliches Wesen bezogener, der alle Außenwelt und jeden Trieb gegen dieselbe (Wille) daher abgestreift hat, also als reine Seele, als das Unendliche gesetzt wird.

Wenn dieses kulturhistorische Verhältnis beider Geistesgestalten zueinander, auf welches näher einzugehen hier nicht der Ort ist, bloß in seinem Begriffe angegeben zu werden braucht, um sich sofort durch sich selbst zu beweisen und in Zeitfolge und Geschichte seine glänzenden Belege zu finden, die erst von hier aus ihr wahres Verständnis erlangen, so mußte dagegen die römische Rechtsmaterie aus diesem spekulativen Begriffe entwickelt werden. Und wir haben gesehen, wie die religiöse Bedeutung des römischen Testamentes, die sacra als Grundlage und substantielle Wurzel alles römischen Erbrechts, die Formen der Testamente und ihr Übergang ineinander, die Bedingungen der Fähigkeit des Erblassers und seine materielle Befugnis, seine Unbeschränktheit und seine Schranke, das Verhältnis des Erben und des Legatars und der verschiedenen Legate untereinander, formales und materielles Recht, jus civile und prätorisches Recht, kurz die Dogmatik des testamentarischen Erbrechts wie seine Fortbewegung und Veränderung in der Geschichte, — wie sich alles dies, und zwar bis in seine einzelnsten, detailliertesten und sich am meisten kreuzenden Bestimmungen, aus der dialektischen Tätigkeit dieses spekulativen Begriffes von selbst abgeleitet hat. Allein wir haben bisher die Institute des römischen Erbrechts vorzüglich in bezug auf den Erblasser betrachtet, wenn es auch nicht möglich war, einen Schritt zu tun, ohne das mit ihm identische Wesen des Erben zum Vorschein kommen zu sehen. Gegenwärtig wird es unsere Aufgabe sein, den Erben als solchen zu betrachten und die Bestimmungen zu entwickeln, welche seinerseits aus der Tätigkeit des spekulativen Begriffes herfließen müssen.

XXI. Der Erbe. Der suus heres oder der Erbe seiner selbst. Der Begriff der Suität. Das Zwölftafelgesetz und die Definitionen der Römer.

Wenn vom Erben die Rede ist, so beginnt jede zivilistische Abhandlung aus guten Gründen mit dem suus.

Der suus heres, berichten die römischen Juristen, ist ein solcher, der in der Gewalt des Erblassers steht[1]). Allein auf den Sklaven wendet sich diese Bestimmung nicht an, obwohl er doch auch in des Erblassers Gewalt steht. Er ist, wenn er selbst zum Erben gemacht wird, wohl ein heres necessarius, was der suus auch ist, aber niemals ein suus. Somit scheint der Begriff des suus auf die natürliche Verwandtschaft zu gehen und das Recht der Familie, des Blutes anzuerkennen. Allein auch die in manum geheiratete Frau ist ein suus. Und wieder der Enkel, welcher der suus des Großvaters wäre, wenn sein Vater bei Lebzeiten desselben gestorben wäre, ist kein suus, wenn sein Vater noch beim Tode des Großvaters lebt, und zwar auch dann nicht, wenn er von letzterem wirklich zum Erben eingesetzt wird. Und wiederum der Sohn, welcher an sich ein suus wäre, wenn er zum Erben eingesetzt wird, und sogar, wenn der Vater ab intestato stirbt, als suus erbt, ist es dann nicht, wenn er enterbt wird; denn die Enterbung bricht wieder die Suität. Und wie kann der suus, wenn, wie es scheint, sein Begriff darin bestehen soll, daß er aus eigenem Rechte erbt, überhaupt enterbt werden, und zwar durch die ganz unbeschränkte Willkür des Testators? Wiederum aber, wenn er nicht aus eigenem Rechte erbt, warum bedarf er

[1]) Z. B. Gajus, II, § 156.

allein der Antretung der Erbschaft nicht, um sie zu erwerben, sondern hat sie sofort ipso jure als die seinige? Und warum bricht er sogar als notwendiger Erbe das Testament, in dem er präteriert ist?

Die Schwierigkeiten, mit welchen der Begriff des suus zu kämpfen hat, von denen hier nur einige der hauptsächlichsten angeführt worden sind, und die Unerklärlichkeit dieses Namens haben daher seit je für unlösbar gegolten. Schon die römischen Juristen haben umsonst diese Begriffs- und Namenserklärung zu finden versucht. Gajus sagt, II, § 157: „Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia *domestici* heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo *domini* existimantur", und die Institutionen Justinians haben (§ 2 de her. qual. II, 19) diese seine Erklärung treu wiedergegeben. Aber abgesehen davon, daß diese Erklärung keineswegs die Widersprüche der vorausgeschickten realen Bestimmungen lösen würde, ist sie schon in sich selbst sehr verunglückt. Denn im Hause können viele leben, die keine sui sind, und die römischen sui sind nichts weniger als domini während des Lebens des Vaters; denn während seines Lebens sind sie, statt Herren zu sein, vielmehr ohne jedes Miteigentumsrecht nur selber von ihm beherrscht, und bei seinem Tode kann er sie enterben, so daß dieses „quodam modo domini" vielmehr ein „*nullo* modo domini" darstellt. Und endlich, warum würde dann der gleichfalls im Hause lebende Enkel, der bei Lebzeiten des Vaters zum Erben eingesetzt wird, kein suus sein? usw.

Diese Erklärung hat daher keinem, auch nur einigermaßen tieferen Bedürfnis genügen können, und die Sache blieb als unerklärbar auf sich beruhen. Bekannt ist die Anekdote, die Alciatus erzählt, daß, als Politianus sich einst rühmte, den Accursius in seinen Glossen übertroffen

zu haben, Socinus ihn fragte, er möge ihm sagen, was ein suus sei, worauf jener sofort verstummte.

Und so ist, von unrichtigen oder den Gajus bloß nachsprechenden Erklärungen abgesehen, die Sache geblieben bis auf den heutigen Tag[1]).

Es ist daher ein Triumph des spekulativen Begriffes, wenn aus ihm sich spielend und von selbst die Bedeutung entwickelt, welche dieser bisher rätselhaften Bestimmung der Suität zukommt, und ebenso von selbst alle die einzelnen Rechtssätze hervorfließen, zu denen sich dieselbe treiben muß. Freilich wird dabei zugleich auch klar werden, daß der Begriff der Suität gar nicht gefaßt werden konnte, ohne den richtigen Begriff des Erbtums überhaupt zu haben[2]), und daß daher die bei der Suität entstehende Schwierigkeit nur ein helles Symptom von der Dunkelheit war, in der sich jener befand.

Der Begriff des Erbtums ist, wie wir sahen, die Willensidentität zwischen Erblasser und Erben. Der Begriff der Erbeinsetzung ist also, genau gesprochen (vgl. oben sub Nr. VIII), die Hervorbringung der Identität, die Identifikation der beiden Willenssubjektivitäten des Erblassers und Erben. Dies eben haben wir schon als die symbolische Bedeutung des Testamentes per aes et libram hervorgehen sehen, daß der Erbe (familiae emptor) seitens des Testators durch dessen Wahl und

---

[1]) Ebenso z. B. auch bei Huschke, welcher (Rhein. Mus., VI, 306) ganz wie Gajus definiert: „Denn vermöge der Personeneinheit mit dem Erblasser sind sie gewissermaßen (quodam modo, wie Gajus sagt) schon bei seinen Lebzeiten in ihm Eigentümer des Vermögens!!" Vgl. hierüber die Beilage zu Nr. XL.

[2]) Wie denn hieraus erst wieder, worauf schon oben hingedeutet, der wahre Begriff der römischen familia sich ergeben wird.

von ihm vorgenommene Handlung, seitens seiner durch eben diese Handlung und die solenne Formel, gesetzt wird als das fortdauernde Dasein, als der identische Träger des erblasserischen Willens. Um nichts weniger ist dies Setzen und Hervorbringen zweier an und für sich gegeneinander selbständiger Willen als identischer aber auch später der Fall, wo ein anderer als der emptor in den tabulis zum Erben eingesetzt wird. Denn hier wird ebenso beiderseitig der Akt der Identifizierung der beiden Willen vollbracht, seitens des Testators in dem schriftlichen Testament durch den Befehl: „heres mihi esto“[1]), und seitens des Erben durch den von diesem

[1]) Jetzt wird auch sprachlich diese Bedeutung des Erben in die Augen fallen. Denn heres ist nichts anderes als Herr, Willensherr, Gebieter, der Inhaber eines frei schaltenden Willens, einer selbständigen Willenssubjektivität überhaupt und ohne jede Beziehung auf ein Eigentum. Heres mihi esto heißt also auch sprachlich gar nichts anderes als: er sei der Inhaber, Träger, Herr meiner Willenssubjektivität. Diese absolute, nicht auf ein Eigentum bezogene Bedeutung von heres tritt zunächst in herus und hera, Herr, Herrin, Herrscher, Gebieter (häufig bei Plautus, z. B. Merc., 3, 4, 12; Horatius, Satir., II, 2, 129 und bei anderen) deutlich heraus, wo sich dieselbe bewahrt hat. Es war aber dies nicht weniger auch die alte Bedeutung von heres, wie uns Festus, v⁰ heres, p. 99, ed. Müll., ausdrücklich bezeugt: „Heres apud antiquos pro domino ponebatur,“ und ebenso auch die Institutiones, § 7 de her. qual., II, 19: „Veteres enim heredes *pro dominis* appellabant.“ Es ist also genau, was das deutsche, ja gleichfalls nicht in bezug auf ein Eigentum, sondern als Titel gebrauchte Herr, welches nur eine freie unabhängige Willenssubjektivität, einen Willensherrn, ohne Rücksicht auf Besitz, bezeichnet. Mit herus, hera vergleicht bereits Passow das griechische ἥρως, welches bekanntlich ja bei Homer noch jeden ehrenwerten freien Mann überhaupt als allgemeiner Ehrenname bezeichnet. Daher

ausgehenden Willensakt der Adition, durch welchen er nun auch seinerseits jenen Willen des Erblassers als den seinigen setzt.

Allein dies Setzen und Hervorbringen der Willensidentität, der Akt der Identifikation, ist sowohl seitens des Erblassers als des Erben vollständig überflüssig in bezug auf solche Personen[1]), welche schon ohnehin und unmittelbar in Willensidentität mit dem Erblasser, d. h. in seiner Gewalt stehen. Denn die Gewalt, d. h. die Familie in ihrer römischen Auffassung, stellt eben die Willenseinheit körperlich getrennter Personen dar, welche Identität in dem Gewalthaber nur ihr Subjekt, ihren funktionierenden Träger hat. Es sind viele Per-

---

wird, genau gesprochen, einem römischen Erben ein Besitz vom Erblasser nicht zur Erbschaft, sondern durch Erbschaft, durch das Tragen seiner Willenssubjektivität, durch Erbverhältnis (Erbtum, wie wir deshalb sagen) hinterlassen; z. B. Vellejus Paterculus, Hist. Rom., II, 4: „. . . mortuo rege Attalo, a quo Asia populo Romano *hereditate* relicta erat," was man also mit Unrecht in *hereditati* hatte verbessern wollen, oder Quinctilian, Declam., 308: „Servus aut domi natus est, aut relictus *hereditate*"; vgl. Cicero, De Inv., I, 45. — Jene Übereinstimmung der Wurzel und Grundbedeutung von heres in den drei Sprachen weist offenbar auf eine sehr frühe Entwicklung und ein substantielles Hervortreten dieses Begriffes hin. [Es ist indessen zu beachten, daß hĕrus und hēres verschiedene Quantität haben, und wäre deshalb zu wünschen, daß die Etymologie der beiden Wörter bis hinter das Griechische zurück verfolgt würde. Anm. zur zweiten Ausgabe.]

[1]) Hierin liegt der Unterschied vom Sklaven, welcher Sache ist, nicht Person. Die Kinder dagegen sind freie römische Personen (darum *liberi,* wie die Alten etymologisieren), deren identischer Wille nur in dem Gewalthaber der Familieneinheit sein Subjekt hat.

sonen, die aber trotz der individuellen Getrenntheit identischen Willens sind, und der Ausdruck und daher der allein berechtigte Träger dieser ideellen Willensidentität ist der jezeitige pater familias. Dies ist der Begriff der römischen Gewalt, oder, denn beides ist völlig identisch, der römischen Familie[1]).

Der Erblasser braucht daher keinen Fortsetzer seiner Willenssubjektivität erst einzusetzen, er braucht keine Identifikation eines anderen subjektiven Willens mit dem seinigen vorzunehmen, um einen solchen Kontinuator zu haben; er hat schon vorher an den in seiner Gewalt stehenden Personen unmittelbare Erben, denn er hat an ihnen Personen, welche unmittelbar vorhandene Willensidentität mit ihm bilden und daher die unmittelbare Fortexistenz seiner Willenssubjektivität sind.

Diese in seiner Gewalt stehenden Personen müssen daher, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, seine ersten Intestaterben sein[2]), nicht in dem Sinne, daß sie vom Gesetz dazu gemacht wären, sondern deshalb, weil sie diese unmittelbaren Willensidentitäten, daseiende Fortdauer der erblasserischen Willenssubjektivität sind. Das Intestatgesetz wird dies Verhältnis daher am schärfsten hervorheben, wenn es diesen Erben die Intestaterbschaft gar nicht selbst überträgt, sondern im Gegenteil dieselbe gerade nur auf andere Klassen für den Fall überträgt, wenn keine Erben von jener Art da sind. Das Zwölftafelgesetz sagt daher, des suus nur mit einer negativen Wendung

---

[1]) Siehe hierüber das fortlaufend Nachzuweisende, und besonders sub Nr. XL.

[2]) Gajus, Comm., III, 1; Ulpian, XXVI, § 1; Paulus, R. S., IV, 8, § 3 usw.

gedenkend und gerade dadurch auf das deutlichste markierend, wie es dem suus gar nicht qua lex die Erbschaft gibt, sondern ihn nur als diesen unmittelbar von selbst vorhandenen Fortsetzer des eigenen erblasserischen Willens anerkennen muß:

„Si intestatus moritur, *cui suus heres nec sit,* agnatus proximus familiam habeto[1])."

---

[1]) Es verhält sich durchaus nicht so, wie Jhering in seiner Abhandlung über die Wortinterpretation (Geist des Römischen Rechtes [Leipzig 1858], II, 482 fg.) an diesem Zwölftafelsatze zu zeigen versucht hat, daß das römische Zivilrecht durch einen starren Geist bloßer Wortinterpretation geleitet worden sei. „Fast jedes Wort ist hier," sagt er, „die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden, und zwar eines Rechtssatzes, an den der Gesetzgeber selbst gar nicht gedacht hat, der also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort seinen Grund hat." Es gibt gar keinen verhängnisvolleren und folgenreicheren Irrtum als diesen hier so prinzipiell vorgetragenen des geistreichen Mannes, und deshalb möge es gestattet sein, so sehr auch unsere ganze Entwicklung solche Anschauungen widerlegt, an diesem von Jhering ausführlich behandelten Beispiel nachzuweisen, wie die Römer nach ihm zu ihrem jus civile gekommen sein sollen, und wie weit dies von jedem Anspruch auf Wahrheit entfernt ist. „Zuerst," sagt Jhering, „das Wort intestato. Aus ihm folgerte man, daß, wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten, die ausfallenden Teile nicht, wie man erwarten könnte (d. h., wie wir bei Behandlung des Satzes nemo pro parte testatus etc. sehen werden, wie das deutsche Bewußtsein in Jhering, wie seine irrtümliche Auffassung des Erbrechtes als eines Vermögensrechtes erwarten könnte), an die Intestaterben gelangten; denn die Bedingung, unter der sie gerufen, war das intestato mori des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er intestatus gestorben sei." Allein es folgt schon aus dem Begriff der Akkreszenz (Nr. XVI^b u. XV), und wir werden bei der Behandlung der Mehrheit von Erben (Nr. XXXII)

Bereits muß nun aber auch der Name und mit ihm noch bestimmter der Begriff des suus klar geworden sein. Der nicht in der Gewalt des Erblassers stehende Erbe ist

näher sehen, wie jeder Erbe die Willenssubjektivität des Erblassers darstellt, und wie also nach dem spekulativen Begriff des Erbtumes, und ohne jedes Wort des Intestatgesetzes, notwendig die Willensherrschaft des Erben über die nicht vergriffene Sache eintreten muß. — Jhering fährt fort: „Sodann das Wort moritur. Hierauf stützte man das Requisit, daß, wer zur Erbschaft gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblassers, wenn auch nur im Mutterleibe, existiert haben müsse." Allein wenn der Begriff des Erbtumes die Identifizierung der beiden Willenssubjektivitäten des Erben und Erblassers ist, so muß ja natürlich, ganz abgesehen von jedem Wort jenes Intestatgesetzes, der Erbe bereits ein existenter Wille und also eine lebende Person sein, sonst kann der Erblasser seine Forterhaltung in ihm nicht finden (vgl. z. B. oben S. 159, 163, 595). Jhering weiter: „Ferner: agnatus proximus. Das Wort proximus mußte als Vorwand zur Ausschließung der successio graduum dienen usw." (nämlich zur Beseitigung der folgenden Agnaten, wenn der nächste ausgeschlagen hatte). Aber wir werden sub Nr. XL nachweisen, wie ganz abgesehen von diesem Wortlaut nach dem Begriff des alten Zivilintestatrechtes die successio graduum wie ordinum ausgeschlossen sein mußte.

Ist es nun aber nicht merkwürdig, daß Jhering, der auf diese Weise alles aus einer formalistischen starren Wortinterpretation herleitet und jedes Wort des Zwölftafelsatzes so strikte zergliedert, ebensowenig wie seine Vorgänger auf den einfachen Gedanken kommt, zu sehen, daß, weil das Zwölftafelgesetz den suus nicht einsetzt, sondern nur wenn er nicht da sei verfügt, der suus gar kein Intestaterbe ist; ein Satz, der, wie wir später sehen werden (Nr. XXII, XXVI u. XL), der einzige Schlüssel zum Verständnis des Intestaterbrechtes ist? Und wer schon einmal so strikteste Wortinterpretation treibt, der hätte doch vor allem dies hier in den Worten so deutlich Vorhandene herausfinden müssen, — wie denn die römischen Juristen, wie wir sehen werden, dies zwar nicht theoretisch aus-

vor der Erbschaft ein selbständiges Ich gegen den Erblasser, ein Ich außerhalb des erblasserischen Ichs, und wird deshalb, wie nahe verwandt er auch dem Erblasser, und wenn er sein eigener emanzipierter Sohn sei, *extraneus* heres genannt. Er wird eines fremden Willens Fortsetzer und erst durch die Erbschaft identisch mit ihm.

Gerade deshalb muß er die noch nicht vorhandene Identität mit dem subjektiven Willen des Erblassers erst durch Willensakt setzen, um Erbe zu sein; er erwirbt also die Erbschaft erst durch den Akt der Adition[1]).

---

gesprochen, aber praktisch dieses Verhältnis des suus zum Intestaterbrecht sehr genau festgehalten haben!

Aber die bloße Wortinterpretation macht es eben nicht! Es ist scheinbar starre Wortinterpretation bei den römischen Juristen vorhanden. Um diese wirklich zu verstehen, muß man zuvor die nie wieder erreichte konzise Form begreifen, in welcher (man sehe das eben in Rede stehende Beispiel) die römischen Gesetze den spekulativen Gedanken wie in Stein zu graben wissen, und dann die ebenso spekulative Tätigkeit des römischen Volksgeistes begreifen, welcher, in den römischen Juristen fortwirkend und immer den spekulativen Geist des alten jus civile festhaltend, es ihnen möglich macht, gerade indem sie unter der echten Herrschaft des Begriffes stehen, scheinbare Wortinterpretation zu treiben, mit jener graphischen Wortform des Gesetzes übereinzustimmen und auch wirklich in ihr, vermöge der Härte, mit welcher der spekulative Begriff hier in unnachgiebige Formen eingeschnitten ist, ein Korrektiv ihrer geistigen Auslegungstätigkeit zu finden. Wir werden dies positiv klar machen, indem wir unsererseits sub Nr. XL ein Beispiel von Wortinterpretation am Zwölftafelgesetz geben werden. — Bei der breiartigen Sprache, in welcher die modernen deutschen Gesetze abgefaßt sind, wäre das freilich schwer möglich.

[1]) Die Kretionsformel, welche die solennelle Darlegung dieser Identifikation ist, lautet: „*Quod me* Publius Maevius testa-

Der suus dagegen ist der Erbe und Fortsetzer eines Willens, mit dem er schon vorher identisch war; er ist also nicht eines fremden, sondern seines eigenen Willens Erbe und Fortsetzer, und wird darum auf das richtigste *suus* heres, sein eigener Erbe, Erbe und Fortsetzer seiner selbst genannt[1]).

---

mento suo *heredem instituit*, eam hereditatem adeo cernoque." (Gajus, II, § 166; Ulpian, XXII, § 28.) Es reicht also nicht hin zu sagen: „Publii Maevii hereditatem adeo cernoque," sondern es muß das beiderseitige Setzen oder Vollbringen der Identifizierung, die im Testament per aes et libram in der beiderseitigen simultanen Handlung liegt, hier mindestens im Satze ausdrücklich hervortreten.

[1]) Der einzige, der bisher etwas hiervon geahnt hat, ist der geistvolle Donellus, der diese Bedeutung des suus als Eines, der sich selbst Erbe ist, sprachlich erwies, aber freilich bei der realen juristischen Rechtfertigung dieser sprachlichen Bedeutung wieder in den schon betrachteten großen Irrtum des Gajus und der Institutionen und einer bald noch näher zu untersuchenden Stelle des Paulus verfällt. Donellus sagt, Comm., lib. VII, c. 2 (Hanau 1612), S. 286: „Quid sit necessarium heredem esse, omnes intelligunt ex significatione verbi nota. — — Quid sit *suum* esse, parum liquet. Si dicemus cum Justiniano suos heredes ideo appellari, quia domestici heredes sunt, quasi suus heres significet domesticum heredem et proprium, usus et significatio verbi nos *coarguet*. Non enim recte dicam: iste homo est mihi *suus*, pro eo quod est: iste homo est mihi *domesticus*, aut mihi *proprius*. Ne multis morer; hic *suus* heres plane eadem forma eodemque modo dicitur, ut *meus heres, tuus heres*. Nam haec omnia mutatis tantum personis idem significant; nempe possessionem ejus, de quo dicuntur. Unde a Grammaticis appellantur possessiva. Ergo ut *meus* heres dicitur, qui *mihi* successit, *tuus* heres, qui *tibi* successit, ita recte et apposite dicetur *suus heres* qui *successit sibi, qui suus successor est*, seu *qui se ipsum sibi successorem habet*. Hanc vim subesse huic verbo primus conjecit Viglius ad § sui. Inst. de her. et qual. diff., sed ita ut in eo nihil

Aber eben wegen dieser bei ihnen schon vorher vorhandenen unmittelbaren Identität der Willenssubjektivitäten brauchen und können die sui gar keine Identifizierung

---

certi habeat, nec tradat ceteris. Eodem enim loco scribit heredem suum esse, quasi domesticum, proprium heredem, et dominatum, quasique sui ipsius heredem, inter quae multum interest. Nam proprius et domesticus heres dicitur, qui proprius est et domesticus *patri* heres. Nunc autem suum heredem dicimus qui *ipse heres est sibi.* — Er führt dies sprachlich noch weiter aus und fährt dann, zur juristischen Rechtfertigung dieser sprachlichen Bedeutung übergehend, fort: „*Rationem* verbi, seu *unde haec appellatio nata sit* videamus. Et vero significatio quam optime rei convenit. Sic enim res habet, ut cum filii sui heredes succedunt patri mortuo, quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus *sibi ipsis quoque succedere* videantur et vere *sibi ipsis esse heredes.*" Das Thema des Beweises, den er führen soll, hält also auch hier Donellus noch ganz fest. Wie er aber nun endlich diesen Beweis selbst erbringen und die begriffliche Angemessenheit dieser Bezeichnung, die juristische Wirklichkeit der sprachlich entwickelten Bedeutung nachweisen soll, sagt er nun, unmittelbar nach den letzten Worten fortfahrend: „Quod jus *ex eo* est, quod filii, qui sunt in potestate morientis, etiam antequam heredes existerent, *domini fuerunt,* qui *etiam vivo patre domini* existimantur *bonorum.*" Hier also scheitert Donellus wieder gänzlich und verfällt in die gang und gebe Gewaltsamkeit, zur Erklärung des suus fingieren zu wollen, als hätten die römischen Kinder schon bei Lebzeiten des Vaters ein Miteigentum an den Sachen; ein Irrtum oder vielmehr — denn weder er noch sonst jemand nimmt es mit diesem Irrtum, außer für diesen einzigen Behuf, ernst — eine Gewalt, die für ihn freilich unvermeidlich war, da er den Begriff des Erbtumes nicht durchschaut hatte, und für die er sich noch auf das Falsche in einer bald zu zergliedernden, aus Wahrem und Falschem bestehenden Stelle des Paulus beruft. — Aber gerade um so mehr ist bei Donellus die Scharfsinnigkeit seines Blickes zu bewundern, die ihn von sprachlicher Seite her mindestens das Postulat des Beweises richtig entwickeln ließ.

derselben erst noch vornehmen, und sind daher ohne jede Adition durch den Tod des Erblassers statim ipso jure[1]), d. h. durch die bloße Kraft jenes Begriffes, zu Erben geworden.

Soll aber das Gesagte wahrhaft richtig sein, so muß die Kraft dieser Unmittelbarkeit so groß sein, daß sie ebensowenig wie sie der Adition benötigt, ebensowenig auch zu der Repudiation befähigt sind. Sie sind unmittelbare Willensidentitäten mit dem Erblasser, und nicht sie, sondern nur er, das allein berechtigte Subjekt dieser Willensidentität, kann dies ändern. In dem Augenblick, wo sie durch den Tod des Gewalthabers sui juris werden, in demselben Augenblick bereits finden sie sich, gleichviel, ob er sie einsetzte, oder ob er ohne Testament starb, schon als seine daseienden Willensfortsetzer, als seine sui juris gewordene Willensidentitäten, also schon mit der Erbqualität behaftet vor; sie finden sich durch die Kraft des Begriffes genau in derselben Lage vor, wie der *extraneus* nach der Adition, und können daher an dieser einmal eingetretenen Erbqualität nichts mehr ändern. Und so sind denn in der Tat (nach Zivilrecht) die sui notwendige Erben (sui *et necessarii*), die wider ihren Willen erben müssen und die schuldenüberbürdete Erbschaft nicht ausschlagen können[2]).

---

[1]) Gajus, L. 14 de suis et legitim. hered. (38, 16): „In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes *existunt.*" Dies existunt, nicht fiunt, ist bezeichnend. Sie werden nicht Erben; sie sind schon als solche da.

[2]) Ulpian, XXII, § 24; Gajus, Comm., II, 156—159. — Erst die prätorische Billigkeit, welche durchgehends, wie wir gesehen haben, die Abstraktion von dem im jus civile tätigen spekulativen Begriff und die Rücksicht auf das Vermögen dar-

Gleichwohl muß nun aus der vorstehenden Entwickelung der überaus wichtige Punkt ganz deutlich sein, daß die sui dennoch die Erbschaft durch ihre Willensaktion erwerben, durch ihren Willen nämlich, der durch den Willen ihres Gewalthabers vorgestellt ist. Aber sei es, daß sie durch Testament desselben, sei es selbst, daß sie ab intestato erwerben, so erwerben sie immer durch den in ihnen daseienden Willen des Gewalthabers, und also um der Identität dieses Willens halber durch eigenen Willen, wie bei der Personenrepräsentation überhaupt[1]).

Ehe wir aber in der Ableitung der Folgen, zu welchen sich der nachgewiesene Begriff der Suität treiben muß, weiter fortschreiten, wird es von Interesse sein, auf unsere

---

stellt, bewilligt den suis, wenn sie sich nicht eingemischt hatten, das Recht der Abstinenz, den praktischen Wirkungen der Repudiation beim extraneus entsprechend.

[1]) Dieser Punkt, daß, wie jetzt nachgewiesen, auch der suus die Erbschaft durch innere Willensaktion erwirbt, ist von der äußersten, weitgreifendsten Wichtigkeit für den Hauptgegenstand dieses Werkes. Denn er zeigt, wie der von uns durchgeführte Begriff, daß erworbene Rechte nur solche sind, welche durch individuelle Willensaktion vermittelt werden, auch am Erbrecht, auch am suus sogar keine Ausnahme findet. Hauptsächlich mit aus diesem Grunde mußte die begriffliche Analyse des Erbrechtes von uns unternommen werden. Denn bisher mußte freilich stets angenommen werden, und wurde von allen Autoren ohne Ausnahme stets angenommen, daß der Erbschaftserwerb des suus lediglich durch eine objektive Tatsache vermittelt wird; es genüge als Beispiel dafür Böcking anzuführen, welcher (Einleitung in die Pandekten usw. [Bonn 1853], I, 334, Note 4) ihn, weil er „statim ipso jure, ohne aditio“ stattfindet, lediglich als aus einem „natürlichen Ereignis“ entspringend klassifiziert und ihn deshalb mit der Alluvion vergleicht. Die Größe dieses Irrtums muß jetzt ersichtlich sein.

Entwickelung dieses Begriffes rückwärts blickend, ihn mit einigen Definitionen der römischen Juristen selbst zu vergleichen. Denn es wird jetzt in denselben, und zwar gleichmäßig sowohl, soweit sie ihn treffen, als soweit sie ihn verfehlen, der angegebene spekulative Begriff auf das deutlichste als die instinktive Grundlage, als das ringende und treibende Moment dieser Definitionen sich kundgeben und daher eine neue, nicht geringe Bestätigung unserer gesamten Entwickelung verleihen. Diese Definitionen des Römers sind, weil derselbe nur unter der Einwirkung seiner Substanz steht und noch nicht zur bewußten Selbsterfassung seiner gelangt ist, nur die ungeheuere Anstrengung, den Begriff zu sagen; sie sind die Anstrengung des stummen Mundes, das Seelische zu verlautbaren, was er ebensosehr in der Herausringung erzitternder Töne erreicht, als er es in der stammelnden Ungewißheit derselben wieder verfehlt.

So sagt Paulus [1]: „In *suis* heredibus *evidentius* apparet, *continuationem dominii* (also was wir stets als den bestimmten Begriff alles Erbrechts bezeichneten: die Kontinuation der Willensherrschaft, nicht allgemein die Personenidentität) eo rem perducere, ut *nulla* videatur *hereditas* fuisse (hier tritt also auf das stärkste hervor, was wir als den Begriff der Suität entwickelt haben: die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung; die Willensfortsetzung ist so sehr der Begriff alles Erbrechts, und jene Unmittelbarkeit derselben so sehr der Begriff der Suität, diese ist so sehr der hier herrschende Begriff, daß Paulus deshalb sagen kann, es finde hier gar keine Erbschaft statt. Das Wahre und Falsche hiervon muß aus dem Obigen klar sein: es

[1]) L. 11 de lib. et posth. her. (28, 2).

findet, wie wir S. 306 zeigten, keine Identifikation der Willenssubjektivitäten, keine Hervorbringung eines Erben statt, was Paulus dies zu sagen veranlaßt. Aber es findet Identität der Willenssubjektivitäten, Dasein eines identischen subjektiven Willens und somit Erbschaft statt); quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur (hier gerät also Paulus von der Tiefe seiner bisherigen Bestimmungen wieder ab und auf den so nahe liegenden völlig falschen Abweg des Gajus, denn es gibt nichts Unwahreres, als im römischen Recht, zumal im alten jus civile, von einem Miteigentumsrecht der Kinder zu sprechen) unde etiam filius*familias* appellatur, sicut pater*familias*, sola *nota hac* adjecta (hier ist Paulus wieder auf dem tiefsten Wege. Im gemeinschaftlichen Anhang familias, den beide Bezeichnungen führen, tritt eben auch äußerlich die Einheit des Willenskreises, dessen Dasein sie beide sind, hervor, und die verschiedenen Vorsilben des Kompositum unterscheiden, wie Paulus schön sagt, nur wie eine „nota" den tätigen Ausdruck, das Subjekt dieser Willenseinheit, von der ruhenden Substanz derselben) per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit (hier gerät Paulus, nicht sagen könnend, was er sagen will, wieder ins Sinnlich-Äußerliche; er will eigentlich sagen, wie wir eben zeigten: durch welche [nota] die für sich seiende Einheit von der an sich seienden, das Subjekt von seinem substantiellen Kreise unterschieden wird). Itaque post mortem patris *non hereditatem percipere* videntur; sed *magis liberam bonorum administrationem consequuntur* (ebenso tief wahr, als völlig falsch; tief wahr, wenn auf den spekulativen Begriff des Erbtums gesehen wird: Fortsetzung einer Willenssubjektivität zu sein. Der suus übernimmt nicht, wie der extraneus,

eine ihm andere [fremde] Willenssubjektivität zur Fortsetzung [also *non percipit hereditatem*], sondern indem er Erbe wird, wird er jetzt nur selbst zum Subjekt desselben Willens, der schon bisher substantiell in ihm vorhanden und der seinige war; er setzt nur jetzt als Subjekt, für sich geworden, sich selber, seine eigene bisherige Willenssubstanz fort. Indem dies Fürsichwerden des Willens, der Begriff des Subjektes, allerdings das Moment der Freiheit ist, kann man mit vollem Recht sagen, daß der suus durch die Erbschaft nur die Freiheit dessen erlangt, was er bisher schon war und vorstellte, und dies ist also das tief Wahre auch in den folgenden Worten des Paulus: sed magis *liberam* b. a. c. Wird aber der spekulative Erbbegriff verfehlt und statt in jene spiritualistische Willensfortsetzung in seine bloße Folge, den Vermögenserwerb, gesetzt, so wird alles wieder völlig falsch, und freilich stößt dies Paulus selbst zu. Denn indem er sagt, daß der suus durch die Erbschaft nur die freie Administration der Güter erlange, deutet er wieder, wie dies auch seine Absicht und wenige Zeilen vorher seine Worte sind, von neuem an, als habe der suus auch schon vor dem Tode des Vaters irgendein gebundenes latentes Eigentum an dem Vermögen gehabt, wie z. B. etwa heute die Frau in der französischen Gütergemeinschaft. Es läßt sich hier gerade sehr scharf zeigen, warum der, wie wir sahen, richtige Satz, daß der suus durch die Erbschaft nur die Freiheit dessen erlangt, was er schon bis dahin war, durch die falsche empirische Auffassung der Erbschaft als eines Vermögenserwerbs notwendig falsch werden muß. Denn in substantieller Willensidentität war der suus mit dem Gewalthaber auch schon vor dessen Tode und bringt also allerdings

durch die Erbschaft sein bisheriges substantielles Sein nur zur Freiheit, zum Subjektsein. Eigentum aber ist erst Folge der Freiheit, des Subjektseins, und vor diesem gar nicht möglich. Darum ist der suus, weit entfernt, vor dem Tode des Gewalthabers irgendein Eigentum zu haben, vielmehr selbst ein Eigentum desselben. So muß, merkwürdig genug, die falsche Auffassung des Erbbegriffes als Vermögensübertragung, wenn es zur Erklärung der Suität kommt, im Munde der römischen Juristen selbst einen Satz zur Folge haben, den sie selbst sehr wohl als den positiv-falschesten von der Welt wissen, und über den sie ihre Verlegenheit vergeblich unter einem unbestimmten „quodammodo" und „magis" zu verbergen suchen.) Haec ex causa licet non sint heredes *instituti*, domini *sunt* (man vergleiche, was wir oben S. 307 fg. über das Zwölftafelgesetz gesagt haben), nec obstat, *quod licet eos exheredare*, quos et *occidere* licebat." (Hier kommt also wieder die Verlegenheit und Unmöglichkeit zum Vorschein, ein Eigentumsrecht bei denen anzunehmen, die ganz willkürlich enterbt werden können, eine Verlegenheit, die Paulus eigentümlich genug dadurch zu beseitigen sucht, daß er sie noch steigert, indem er darauf hinweist, wie die Kinder, statt Eigentum haben zu können, vielmehr selbst Eigentum sind.)

Dieselbe Bestätigung der von uns dem Begriff der Suität gegebenen Entwickelung spricht sich in einer anderen Stelle des Paulus aus[1]: „Quum *ratio naturalis* (man denke hier nur nicht, wozu man allerdings unwillkürlich geneigt ist, an das Gefühl der natürlichen Verwandtschaft, denn zu den suis gehört ja ebensogut wie die Kinder auch die Ehefrau, und zwar wieder nicht die

[1]) L. 7 pr. de bonis damnat. (48, 20).

Ehefrau überhaupt, sondern nur die in manum geheiratete; die ratio naturalis bedeutet hier in Wahrheit, wie auch die unmittelbar folgenden Worte zeigen, nichts anderes als die selbstredende Kraft des Begriffes, das selbstredende Dasein der Willensidentität in den Genossen des Gewaltbandes, wodurch die sui unmittelbar Erben sind) quasi *lex quaedam tacita* (hier zeigt sich also deutlich das eben Gesagte) liberis parentum hereditatem addiceret, *velut* ad *debitam* successionem eos *vocando* (hier tritt wiederholt jene Unmittelbarkeit des im suus gegebenen Erben und zugleich das hervor, was wir vorher über das Zwölftafelgesetz gesagt haben, welches dem suus nicht die Erbschaft überträgt, sondern nur das Faktum konstatiert, daß er von selbst Erbe ist) *propter quod* et in jure civili *suorum* heredum nomen iis indictum est etc." Setzt man diese Namenserklärung in Einheit mit den von uns aufgelösten Sätzen, mit welchen sie durch das *propter quod* zusammengebunden ist, so erhält man von selbst die von uns gegebene Auflösung und Erklärung des Namens des suus als eines Erben seiner selbst, d. h. als eines Fortsetzers seines eigenen Willens[1]).

[1]) Beiläufig wird jetzt aus dem spekulativen Begriff auch klar sein, warum das prätorische Erbrecht der Aszendenz nicht dasselbe sein kann, wie das der Deszendenz. Wenn auf die Verwandtschaft gesehen wird, so ist allerdings der Vater dem Kinde so nahe verwandt, wie das Kind dem Vater. Aber wenn die Kinder die unmittelbar daseiende Fortsetzung der väterlichen Willenssubjektivität sind, so läßt sich umgekehrt nicht ebenso sagen, daß der Vater die natürliche Fortsetzung des Kindes sei, das vielmehr nur seine Fortsetzung bildet. Aus dieser aus dem spekulativen Begriff entspringenden mangelnden Gegenseitigkeit werden jetzt z. B. die Worte Papinians ganz klar sein, L. 7, § 1 unde

Jetzt zeigt sich auch erst der tiefere Grund und die innere begriffliche Bedeutung dessen, daß der suus, der enterbt wird, jetzt nicht mehr enterbter *suus*, sondern überhaupt kein *suus* sein kann, d. h. daß der Begriff der Suität durch die Enterbung gebrochen wird, und dies bleibt, auch wenn der Betreffende dennoch das Vermögen des Erblassers erlangt. Denn indem die Identität mit dem Gewalthaber und die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung im filius durch die Enterbung gebrochen und aufgehoben ist, er aber durch den Tod des Vaters *sui juris* geworden ist — was man irrig mit der Bedeutung des suus hat zusammenwerfen wollen —, setzt er jetzt nicht mehr die väterliche Willenssubjektivität, also nicht mehr seine eigene und bisherige, fort, sondern hat gleichsam, wie bei der Emanzipation, eine neue und selbständige, seiner bisherigen andere erlangt, was sich also auch dadurch nicht ändern kann, wenn er auch als Fideikommissar das väterliche Vermögen erhält, s. Ulpian[1]): „Multi non nota e causa exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant utputa impuberibus, *iisque fideicommissam hereditatem dant*[2])." Mit anderen Worten: die Suität haftet, was das vorige wiederum bestätigt, streng am zivilrechtlichen Erbbegriffe, dem Begriffe der Willens-

liberi (38, 6): „*Non sic* parentibus liberorum, ut liberis parentum *debetur hereditas;* parentes ad bona liberorum *ratio miserationis* admittit, liberos *naturae simul et parentum commune votum.*" — Das Fortwirken oder der Widerschein des zivilistischen Geistes im prätorischen Erbrecht, trotz der Gegensätzlichkeit desselben, kann seine volle Erklärung freilich erst später (Nr. XL) finden.

[1]) L. 18 de lib. et posth. (28, 2).

[2]) Siehe über die Auslöschung der Suität durch die Enterbung Cujacius in Dig. l. l. et in Nov. I, part. I.

fortsetzung, und wird daher dadurch, daß der enterbte Sohn zum fideikommissarischen Erben gemacht wird, nicht wiederhergestellt, weil der fideikommissarische Erbe eben gar kein Erbe im Sinne des spekulativen Begriffes oder des jus civile, nicht Willensfortsetzer, sondern nur Vermögensempfänger ist.

Wir haben bisher den Begriff und die Notwendigkeit des suus, die Bedeutung seines Namens und den Grund, warum er weder der Adition benötigt, noch zivilrechtlich der Repudiation fähig sein kann, kennen gelernt. Es ist jetzt am Ort, die weiteren Konsequenzen des spekulativen Begriffes zu entwickeln und als ebenso viele Sätze des jus civile nachzuweisen.

Was zunächst den Umfang der Bezeichnung des suus betrifft, so ist klar, daß, da der Begriff der Suität nichts mit der natürlichen Verwandtschaft, noch mit der Familie in unserem (heutigen) Sinne zu tun hat, sondern schlechthin in der vorhandenen Willensidentität der in seiner Gewalt stehenden Personen mit dem Erblasser wurzelt, nur alle solche, aber auch schlechthin alle solche, die in seiner Gewalt stehen, sui sind. Die Ursache der Gewalt, ob eheliche Zeugung, Adoption, causae probatio, Legitimation oder in manum conventio, ist daher gleichgültig und es erben daher die in manum übernommene Frau, und die Tochter wie der Sohn, ja sogar die Schwiegertochter als die in manum geheiratete Frau des in der Gewalt stehenden Sohnes gleichmäßig als sui[1]). Und da der Begriff des suus in der Unmittelbarkeit der Identität, in der Willenseinheit als daseiender besteht, so kann hier nichts auf Wissen und Kennen an-

---

[1]) Gajus, Comm., III, § 1; Ulpian, XXII, § 14, XXVI, § 1; Paulus, R. S., IV, 8, §§ 3, 4, 8, 10.

kommen, welches alles Vermittelungen und daher nur da nötig sind, wo erst durch besonderes Wissen und Wollen eine Identität hergestellt werden soll, und es erbt deshalb der während unseres Lebens empfangene postumus, wenn er nur bei seiner Geburt in unserer Gewalt gestanden hätte (d. h. unser Sohn oder der Sohn eines in unserer Gewalt Stehenden ist), gleichfalls als suus. Ulpian[1]): *Postumi* quoque liberi, ii qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, *suorum heredum* numero sunt. Denn als seiende Willenseinheit, als unmittelbar gegebene, dringt dieselbe bis in den Uterus und ergreift die Person bis in die Anfänge ihres Personseins hinein. Der postumus ist darum durchaus in eben solcher Willenseinheit, er ist auch als Enkel usw. ein ebenso unmittelbarer Willensfortsetzer des Gewalthabers, als es des postumus Vater gewesen wäre. Es tritt hier wieder, wie bei jedem Schritt, hervor, wie das gesamte Erbrecht nicht zu verstehen ist ohne den von uns entwickelten spekulativen Begriff. Wir werden später sehen, daß und warum eine incerta persona zum Erben nicht einmal eingesetzt werden darf. Es beruht dies darauf, daß, damit der subjektive Wille sich als identisch mit einer anderen Willenssubjektivität setzen kann, dieser andere Wille ein für den ersten gewisser und bekannter Wille sein muß. Der postumus gilt aber im römischen Zivilrecht als eine *persona incerta;* Gajus[2]): „Ac ne *heres* quidem potest institui postumus alienus; est enim *incerta persona.*" Hier scheint also ein Widerspruch vorzuliegen, da der postumus dennoch wieder suus heres ist. Allein dieser scheinbare Widerspruch ver-

---

[1]) Fragm. XXII, 15.
[2]) II, 241, 242.

schwindet vor der Kraft des Begriffes. Denn eine incerta persona kann nur der fremde postumus sein. Der eigene postumus aber, als identisches Dasein des eigenen Willens des Gewalthabers, ist ihm, weil eine mit seinem eigenen Willen identische, auch eine sehr gewisse, sehr bekannte, ihm trotz seines noch unterirdischen Daseins gerade so gut wie er sich selbst bekannte Willensperson! Er ist also gar keine persona incerta für den eigenen Gewalthaber, sondern nur für den Fremden.

XXII. Erste Andeutung des Verhältnisses des testamentarischen zum Intestaterbrechte. Der Satz nemo pro parte testatus usw. Der suus als die indifferente Mitte von testamentarischem und Intestatrecht.

So widerlegt sich also bei dem wahren Erbbegriffe von selbst, was Gans, II, Note 110, sagt: „Es könnte vielleicht umgekehrt scheinen, daß, weil eine incerta persona, wozu auch der alienus postumus gehört, als Erbe des alten Rechtes nicht eingesetzt werden könne, diese Ausnahme zugunsten des postumus suus auf eine Bestimmtheit und auf die gegenwärtige Liebe für die zu erwartenden Kinder deute. Aber gerade, daß die Römer den postumus für eine incerta persona erklären, für den suus aber die Einsetzung oder Exheredation gestatten, macht diesen *postumus suus* nicht weniger zu einer *incerta persona,* aber zu einer ausgenommenen." Es hat sich vielmehr gezeigt, daß von einer Ausnahme

gar nicht die Rede sein kann, der postumus vielmehr lediglich für den Fremden eine persona incerta sein kann, für den Gewalthaber aber eine certissima sein muß. Von „Liebe“ kann bei dem römischen Erbrecht überhaupt so wenig die Rede sein, daß dieselbe ebensowenig auch nur als Gegensatz und kritischer Maßstab zu gebrauchen ist, um dasselbe zu verstehen. Hierin wurzelt eben der das Verfehlen alles Weiteren dann mit Notwendigkeit nach sich ziehende Grundirrtum von Gans, daß er, statt den konkreten römischen Erbbegriff aufzusuchen, das Intestaterbrecht seinem Prinzip nach als das System der Familienliebe auffaßt, dies dem testamentarischen Erbrecht als gleichberechtigten begrifflichen Gegensatz gegenüberstellt, und letzteres dann aus diesem Gegensatz und seiner Reibung mit dem ersteren, als seinem inneren Faktor, erklären will sowohl in bezug auf seine dogmatische Gliederung als geschichtliche Bewegung, welches alles in gleichem Maße irrig ist.

Die Stellung des römischen Intestaterbrechtes zum testamentarischen ist vielmehr, um dies kurz hier anzudeuten und so weit schon hier der Charakter des Intestatrechtes dargelegt werden kann (s. später Nr. XXVI und XL), folgende: Beide haben zunächst ihre Einheit in dem von Gans nicht erkannten Grundgedanken alles römischen Erbrechtes, der Unsterblichkeit des noch als subjektiver Wille aufgefaßten Geistes, kürzer, der subjektiven Willensunsterblichkeit. Dieser Begriff bildet die Gattung der beiden Arten des Intestat- und Testamentserbrechtes, die bei Gans gar keine Gattungseinheit gemeinsam haben, sondern bloße Gegensätze sind. Gerade um der Einheit dieses Gattungsbegriffes willen gibt es auch eine Einheit von testamentarischem und Intestaterbrecht, eine indifferente Mitte beider. Diese indifferente

Mitte bildet nämlich eben der suus, der, als unmittelbar von selbst daseiende Willensfortsetzung, sowohl erbt *ohne* Testament (als *präterierter*), als *ohne Gesetz* (s. oben S. 307 fg. über den Zwölftafelsatz, welcher den suus *nicht einsetzt*, sondern sein von selbst vorhandenes Erbtum nur *voraussetzt*.) Nur wenn die im suus vorhandene unmittelbare Willensfortsetzung *nicht* vorliegt, wenn also kein suus da (oder wenn er durch Enterbung beseitigt ist), tritt die Notwendigkeit ein, daß der subjektive Wille sich selbst durch *eigene* Übertragung fortsetzt (Testament), oder, wenn diese fehlt, durch Anordnung des Staates übertragen und fortgesetzt wird (Intestaterbfolge). Daß der Intestaterbe gleichfalls dieselbe Fortsetzung des subjektiven Willens ist wie der Testamentserbe, zeigt sich außer allem anderen schon daran, daß er gleichfalls vor allem die sacra singuli hominis perpetuieren muß. Das Intestaterbrecht des jus civile sucht daher die Willensfortsetzung des Toten auf, und findet es keine unmittelbaren Willensidentitäten mit ihm (sui), so bestimmt es nun als jene Fortsetzer die mit ihm in dieser *Willensidentität Gewesenen*, d. h. die *Agnaten*, die durch das Gewaltband früher Geeinten. Das Intestaterbrecht, auf welches wir uns einstweilen noch unmöglich näher einlassen können, hat daher *inhaltlich* kein *selbständiges* und kein dem testamentarischen Erbrecht *entgegengesetztes*, hat kein anderes Prinzip als das testamentarische selbst. Es ist ein Grundirrtum von Gans, daß er — ein Vorwurf, der auch alle positiven Juristen in ganz demselben Grade trifft — statt sich, wo es sich um das alte jus civile handelt, in den *antik-römischen* Geist hineinzuversenken, unbewußt von relativ-modernen und in ihrer Substanz germanischen Anschauungen ausgehend, das römische Intestatrecht stets auffaßt als eine

Pflicht des Toten gegen die Hinterbliebenen, ihnen sein Vermögen zu hinterlassen, während es umgekehrt begrifflich zunächst wurzelt in der Pietätspflicht der Lebenden gegen den Toten, seine Willenssubjektivität fortzusetzen (eine Pietätspflicht, die eben deshalb bei der Nähe des suus sogar eine Zwangspflicht ist), Vermögen und Erbtum überhaupt dem römischen Geiste in ihrem Begriffe durchaus nicht identisch sind und daher auch in der Wirklichkeit durchaus nicht notwendig zusammenfallen, wie wir dies als den wahren und alleinigen Schlüssel zum Wesen des römischen Zivilrechtes außer allen Zweifel gesetzt zu haben hoffen. So verkehrt sich für Gans — und die Autoren überhaupt — das Intestaterbrecht in einen selbständigen und dem Testament als dem Prinzip der „reinen persönlichen, auf sich beruhenden Willkür" gegenüberstehenden „Ausdruck des dieser Willkür entgegengesetzten substantiellen Prinzips" (I, 31 und überall), in ein Prinzip sittlicher Familienliebe und der Anerkennung ihres Rechtes auf den Vermögensnachlaß, obwohl Gans hierbei doch selbst wieder zugeben muß, wie dieses angebliche Prinzip „dieselbe Härte und Lieblosigkeit", dieselbe „Hervorbringung der Willkür" (S. 51 und a. a. O.) ist, wie auch das testamentarische Erbrecht, ein Zugeben, womit nichts anderes zugegeben ist, als daß dieser ganze Gegensatz zwischen Testaments- und Intestaterbrecht gar nicht stattfindet und ein lediglich von Gans aus heutigen Anschauungen supponierter und fingierter Gedanke ist. Wie fremd dem römischen Intestaterbrecht ein solches Prinzip substantieller Familienliebe ist, beweist gerade, als dasselbe wirklich beim Untergang echtrömischer Geisteswelt — beim Untergang der Republik — auflösend hereinzubrechen beginnt, die un-

gewisse, zitternde und sich selbst verleugnende unprinzipielle Form, in der es auftritt (s. was wir oben sub Nr. X über die querela inofficiosi gesagt haben). Ebensowenig wie das Intestatrecht inhaltlich einen selbständigen Begriffsgegensatz gegen das Testamentsrecht bildet, ebensowenig bildet es formell einen selbständigen und gleichberechtigten Gegensatz gegen dasselbe, wie Gans dies als das „plebejische und patrizische Prinzip" charakterisierend darstellt. Da Erbtum überhaupt Fortsetzung des subjektiven Willens ist, so ist die ihrem Begriff adäquateste Fortsetzung diejenige, die durch den subjektiven Willen selbst gesetzt ist, und es wird daher vorzüglicher sein, sogar den suus, den unmittelbar seienden Willensfortsetzer, lieber selbst einzusetzen, um zu zeigen[1]), daß dies Verhältnis des unmittelbaren Seins vom

[1]) Besser als alle Texte der römischen Juristen zu zeigen vermöchten, zeigt ein Fluch bei Plautus, welchen unendlichen Vorzug im römischen Volksgeist das Testament über das Beerbtwerden ab intestato hat, auch wenn gar nicht darauf Rücksicht genommen wird, ob nicht nach beiden Systemen dieselbe Person Erbe sein würde. Es ist der Fluch bei Plautus, Curc., V, 2, 24: „Jupiter te male disperdat, *intestatus vivito.*" („Daß Jupiter dich verderbe, mögest du intestatus leben.") Was ist denn das nun aber für ein Unglück, wenn man Kinder oder Verwandte hat, die ebenso gut ab intestato dran kommen würden, als wir sie wohl selbst zu Erben einsetzen? Wie kann das also zum Fluch werden? Man versuche doch einmal heut jemand zu fluchen: „Mögest du ohne Testament sterben," und sehe, ob ihm das einen Eindruck machen wird! Es kann nur da zum Fluch werden, wo es nicht sowohl darauf ankommt, wer erben, als vorzüglich wie geerbt werden wird. Es kann nur darum zum Fluch werden, weil der Intestaterbe als solcher nur der vorausgesetzte, vermutete, subsidiäre Willenserhalter des Subjektes und darum für den Volksgeist von unendlich geringerem Wert, von unendlich geringerem

subjektiven Willen selbst gewollt ist[1]). Mit anderen Worten: das Testamentserbrecht ist als adäquateste Er-

---

Trost für die subjektive Fortdauer ist als der durch *ausdrücklichen* subjektiven Willen Gesetzte (vgl. Nr. VII und Nr. XL).

Um einem etwaigen Mißverständnis vorzubeugen, bemerken wir: der Fluch bei Plautus wird vom Sprechenden gegen jemand ausgestoßen, der sich geweigert hatte, ihm als *Zeuge* bei einer in jus vocatio zu dienen, und so könnte man vielleicht entgegnen wollen, daß das intestatus vivito bloß ganz allgemein heißen solle, er möge auch *unbezeugt leben*, keinen Zeugen finden.

Allein nach unseren früheren Ausführungen muß schon einleuchten, wie dies nur auf einem Umweg zu demselben Resultat führt. Das Testament ist eben die testatio mentis, die *Bezeugung*, Offenbarung des Geistes. Wer *niemals* einen Zeugen findet, kann auch diese *höchste und substantiellste* Selbstbezeugung nicht vornehmen, was eben erst diesem zur *Strafe* für die Weigerung ausgestoßenen Wunsch die innere Gerechtigkeit verleiht, ihn an die Weigerung des zum Zeugen Ersuchten anzuknüpfen und zugleich andererseits die von dem Sprechenden offenbar beabsichtigte Wirkung, etwas zwar aus der Handlung des anderen Folgendes, aber *noch viel Schwereres* ihm anzuwünschen; was also erst den Worten die schwere Bedeutung des *Fluches* und der *Verwünschung* gibt (vgl. oben S. 36, Note 1).

[1]) Will man hierfür, außer dem bekannten ängstlichen Wert, welchen die Römer darauf legen, nicht ohne Testament zu sterben, selbst wenn sie nur dieselben einsetzen, die auch Intestaterben gewesen wären, noch einen besonderen Beweis, so tritt er auf das ausdrücklichste in dem gesamten Digestentitel: „Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem" (29, 4), hervor.

Gerade in seinen Verschlingungen mit dem prätorischen Recht kann oft der wahre Geist des Zivilrechtes am deutlichsten sich kundgeben. Denn es ist für das gesamte Verhältnis des prätorischen Rechtes zum jus civile hauptsächlich wichtig, immer festzuhalten, wie das prätorische Recht nicht nur die *Auflösung* und *Aufweichung* des jus civile darstellt, sondern

scheinung des Erbtums überhaupt mit dem Begriffe desselben identisch und darum selbst die höhere Ein-

---

in dieser Auflösung immer noch von dem Geist des jus civile selbst regiert bleibt (vgl. Nr. V, IX und XL). Der besagte Digestentitel richtet sich dagegen, daß die eingesetzten Erben, wenn sie zugleich die Intestaterben sind, die Testamentserbschaft prätermittieren, um die Intestaterbschaft anzutreten. Es ist dies ihr strenges zivilistisches Recht, aber es ist unbillig von ihnen gegen den Toten, daß sie, statt ihm die ihrem Begriff adäquateste, die vom subjektiven Willen ausdrücklich gesetzte Willenserhaltung zu geben, ihm nur die vom Staat subsidiarisch verordnete geben, aus Rücksicht auf ihren eigenen, aus der Beseitigung der Legate entspringenden Vermögensvorteil. Darum tritt hier die prätorische Billigkeit wieder zugunsten des zivilistischen Erbbegriffes ein und zwingt diese Intestaterben das Testament aufrecht zu erhalten. (Ulpian, L. 1 pr. hoc. tit.: „Praetor *voluntates* defunctorum *tuetur* et eorum *calliditati* occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas et in eos actionem pollicetur.) Freilich ist nichts näher liegender und plausibler, als auch hier wieder die Täuschung, das sei bloß eine Billigkeit gegen das Vermögensrecht der bedachten Legatare. Aber dies ist nur der Schein; sie sind wieder nur der Boden, auf welchem sich die Rücksicht auf den in seiner Ausdrücklichkeit fortexistierenden erblasserischen Willen zeigt. Man wird dies schon nach allen bisherigen Ausführungen von selbst evident finden. Aber auch sämtliche reale Bestimmungen dieses Digestentitels, die wir hier freilich nicht analysieren können, beweisen dies; oft schimmert es selbst aus den Worten klar genug hervor, z. B. Ulpian, L. 1, § 3 h. t.: „Quid ergo, si servus ejus, quum juberetur adire hereditatem, *dicto audiens* non fuit? Sed compellendus est servus hoc facere; ideoque dominus ab intestato veniens in Edictum." Auf die innere Willensbeziehung des Erben auf den erblasserischen Willen kommt alles an, nicht auf das äußere Recht der Legatare.

heit seiner und des Intestaterbrechtes, oder, wie die römischen Juristen diesen Satz ausdrücken: Intestaterbrecht wird erst ganz subsidiarisch, wenn die Erbfolge auf keine Weise mehr aus einem Testament gegeben werden kann, verliehen. (L. 39 de acqu. vel om. her. 29, 2.) In diesem Satze zeigt sich auf das durchschlagendste, daß das Intestaterbrecht nicht, wie Gans' gesamter Entwickelung zugrunde liegt, ein formell-

---

Dies tritt nämlich sofort realiter darin hervor, daß, wenn nur die Willensbeziehung des Erben auf den Erblasser eine untadelhafte war, wenn er also z. B. von dem Sklaven nicht in Kenntnis gesetzt wurde und so die Intestaterbschaft antrat, er nicht unter das prätorische Edikt fällt und den Legataren nichts zu leisten braucht, obgleich doch deren Recht und seine Verkürzung hier ganz dieselbe ist; Ulpian, L. 1, § 4 h. t.: „Sin autem nec certioratus est dominus a servo, et postea ipse ab intestato possedit hereditatem, *non debet incidere* in Edictum, nisi fingit ignorantiam." Es tritt ferner darin hervor, daß, wenn etwa der Schein entsteht, das Ausschlagen des Testamentes geschähe mit dem Willen des Toten, das Edikt nicht zur Anwendung kommt, dann also z. B., wenn ein Erbe prätermittiert, der vom Testator nicht nur instituiert, sondern auch substituiert war, weil durch die Substitution der Testator selbst den Erben zu ermächtigen schien, die Institution auszuschlagen und er also hierbei ein anderes Verhältnis zu seinem Willen hat, als wenn er sie nur auf Grund des ermächtigenden Gesetzes, resp. seines eigenen Rechtes ausschlug; L. 1, § 5 h. t.: „Si proponatur idem et institutus et substitutus, et praetermiserit institutionem, an incidat in Edictum quaeritur; et non puto incidere quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit"; vgl. L. 6 pr. § 1 h. t.

Die Billigkeit, mit welcher so der Prätor den zivilistischen Erbbegriff gegen das formell-zivilistische Recht seiner Beeinträchtigung aufrecht hält, findet aber auch dem testamentarisch eingesetzten suus gegenüber statt, der sich des Testamentes enthält und ab intestato antritt; L. 1, § 7, L. 23 h. t.

selbständiger, begrifflicher und darum gleichberechtigter Gegensatz zum Testamentserbrecht ist, sondern von diesem als der übergreifenden Einheit zu einem untergeordneten Momente seiner selbst herabgesetzt ist. Wie kann begrifflich von einem prinzipiellen, formellen begrifflichen Gegensatz die Rede sein, wenn das eine Moment dem anderen nicht formell und gleichberechtigt gegenübersteht, sondern von diesem selbst zu einem subsidiären Dasein, zu einem bloßen Dasein, falls es selbst nicht da ist, also zu einem, wenn auch gegensätzlichen Momente seiner eigenen Einheit herabgesetzt ist? Wie kann historisch vom Testaments- und Intestaterbrecht als dem Gegensatz des „plebejischen und patrizischen Prinzips“ die Rede sein, wenn das Intestaterbrecht, also gerade das, was das patrizische Prinzip darstellen soll, nur subsidiarisch gilt? Wir würden so das patrizische Prinzip als die untergeordnete, subsidiäre Aushilfe des plebejischen Prinzips gewinnen!! Und dieser Satz, daß alles Intestatrecht nur subsidiarisch in Betracht kommt, läuft doch allermindestens bis auf die Zeit des Zwölftafelgesetzes zurück! Zu so erstaunlichen Irrtümern muß jedes Philosophieren auch den Geist- und Verdienstvollsten notwendig treiben, sobald es, im Abstrakten stehen bleibend, den konkreten Begriff verfehlt. Das Testamentsrecht kann somit durchaus nicht, wie Gans will, aus dem Intestatrecht, und aus seinem Gegensatze zu diesem, wohl aber dieses aus jenem erklärt werden, weil jenes eben schon selbst die Einheit beider ist. Das Testamentserbrecht kann ebensowenig, wie Gans tut, in seiner geschichtlichen Bewegung aus dem Intestatrecht und dem Kampfe mit dem Prinzip desselben entwickelt werden, weil eben jener Kampf gar kein prinzipaler, sondern zum ruhigen Gegensatze

innerhalb der Einheit des Testamentsrechtes herabgesetzt ist, also gar nicht das treibende Moment der historischen Entwickelung bildet. Indem nun aber die Fortsetzung und Identifizierung des subjektiven Willens nur dann eine wahrhaft ihrem Begriff adäquate ist, wenn sie vom subjektiven Willen selbst gesetzt und vollbracht ist, schließt jedes Selbstsetzen seiner Identität und Fortsetzung durch den subjektiven Willen jede durch die positiven Gesetze des Staates nach der ihm eigenen allgemeinen Ordnung aushilfsweise als solche gesetzte und anerkannte Fortsetzung seiner aus, d. h. der Wille kann nicht als ein aus seiner allgemeinen Natur zu ergänzender gelten, wenn er sich selbst gesetzt hat (= alles Intestaterbrecht gilt nur subsidiär) oder, was dasselbe ist und mit Notwendigkeit daraus hervorgeht: der subjektive Wille kann immer nur entweder als sich selbst setzender oder als ein durch den Staat gesetzter vorhanden sein. Denn durch sein Selbstsetzen hebt er jedes Gesetztsein seiner durch andere auf, schließt es also aus (= nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest). Pomponius hat also recht, zu sagen (L. 7 D. de reg. jur. 50, 17): „earumque rerum *naturaliter* inter se *pugna* est, testatus et intestatus". Man hat diesen so einfachen Satz nie zu begreifen vermocht, obwohl man ganze Bände über ihn geschrieben; man hat ihm die künstlichsten, widersprechendsten und gequältesten angeblich historischen Auslegungen gegeben[1]). Das war wiederum nur die einfache

---

[1]) So erklärt ihn Haubold, „De causis cur idem et testato et intestato decedere non potest" (Leipzig 1788), mit dem beliebten, von der Komitienform des Alten Testamentes hergenommenen Räsonnement; da die Intestaterbfolge ein Gesetz gewesen sei, das in den Komitien gemachte Testament aber auch die Form eines Gesetzes gehabt und so ein Abgehen von jenem

Folge davon, daß man das Erbrecht immer als eine Vermögensverfügung auffaßte. Bei dieser Auffassung

---

früheren Gesetz dargestellt habe, so wäre in dieser äußerlichen Weise der Grundsatz von der Unvereinbarkeit beider entstanden. Auch wären bei den sacris die Intestat- und Testamentserben sonst leicht in ein mißliches Verhältnis gekommen. Endlich habe die Form des Testamentes per aes et libram die Manzipation der ganzen Familie verlangt (warum? Danach fragt man ja eben! Denn freilich fällt die letzte begriffliche Antwort auf die Frage, warum das Manzipationstestament diese Form hat, warum es über das ganze Vermögen verfügen muß — worauf die wahre Antwort ist: weil es überhaupt gar nicht über das Vermögen, sondern nur über den Willen verfügt; s. Nr. VIII — auch ganz und gar mit der Frage nach der Bedeutung des obigen Grundsatzes zusammen). — Thibaut (Civil. Abhandlungen, S. 70 fg.) widerlegt daher dies alles und will den Grundsatz bloß aus dem buchstäblichen Anklammern an das Wort intestato im Zwölftafelgesetz herleiten, wie ganz ebenso der neueste Autor Jhering (s. oben S. 308, Note 1); einen innerlichen Grund habe die Regel nicht. Seuffert (Archiv für zivil. Praxis, III, 117 fg.) begnügt sich zu gestehen, daß man überhaupt keine befriedigende Antwort auf die Frage geben kann. Dernburg (Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente, S. 311 fg.) beantwortet sie mit der Hauboldschen petitio principii von der Form des Manzipationstestamentes. Vangerow (Pandekten [Marburg 1852], II, 5) erklärt den „Sinn" dieser Regel dahin: „der Sinn dieser Regel ist, daß das Testament als den ganzen Nachlaß erschöpfend angenommen werden müsse" usw., wobei also unter „Sinn" die unmittelbare und niemals in Streit gewesene Wortbedeutung der Regel verstanden wird. Ganz genau genommen, ist aber nicht einmal diese Wortbedeutung richtig. Denn die Regel hat nicht den Sinn, daß das Testament selbst als den Nachlaß erschöpfend angenommen werden, sondern daß es diese forcierte Wirkung haben müsse. Im übrigen meint Vangerow mit Seuffert, daß, wie schon Cujacius früher unterschieden hat, nur ab initio nicht so testiert werden, hinterher aber der Testator so beerbt

mußte dann freilich ganz unbegreiflich bleiben, warum nicht der eine Teil des Vermögens nach Testament, der andere nach Intestatrecht sollte geerbt werden können. Sowie aber der Erbbegriff als die identische subjektive Willensfortexistenz erfaßt wird, verschwindet jede Schwierigkeit, der Satz wird vielmehr zur selbstredendsten logisch-notwendigen Folge, und man begreift, daß dem Römer mit Recht jeder Widerspruch gegen denselben als etwas „Absurdes" (s. Papinian, L. 15, § 2, de inoff. test. 5, 2), den Denkgesetzen Widerstreitendes erscheinen muß. Denn der Wille ist ein ideeller, in sich unteilbarer Akt. Hat der Wille sich durch eigenes Setzen seine Fortexistenz bestimmt, so hat er durch dies Selbstbestimmen jeden ihm überhaupt nur aushilfsweise gegebenen Fortsetzer — eine Ergänzung, die ja nur eben bei seinem eigenen Schweigen eintreten kann und soll — ausgeschlossen; gilt er dagegen als ein solcher, der

---

werden könne (vgl. Huschke, Rhein. Mus., VI, 298 fg.); eine irrige Unterscheidung, welche nur auf der nicht verstandenen Ausnahme der querela inofficiosi beruht, welche sich uns unten (Nr. XXVI) ganz anders erklären wird. Über den Aufsatz von Huschke endlich über diese Regel (Rhein. Mus., Bd. 6) siehe ausführlicher in der Beilage zu Nr. XL.

Aber auch die Erklärung, die Gans von diesem Grundsatz gibt, der in ihm die Darlegung des Kampfes der beiden sich gleichberechtigt gegenüberstehenden Sphären des Intestatrechtes, als des substantiellen Prinzipes, mit dem Testamentsrecht, als dem Prinzip der Willkür sieht, ist nur glänzender und geistvoller, aber, wie wir später genauer sehen werden, um nichts wahrer als die vorhergehenden. Hier genügt es, darauf aufmerksam zu machen, daß der Grundsatz gar nicht, wie Gans will, einen Kampf zwischen Intestaterbrecht und Testamentsrecht ausdrückt, sondern nur, daß ein bestimmtes Erbtum nicht zugleich ab intestato und durch Testament übertragen werden könne.

in dem Falle dieses Schweigens ist, in welchem ihm das Gesetz den Fortsetzer bestimmt hat, so kann er eben sich nicht durch eigenes subjektives Setzen Ausdruck gegeben haben. Jedes schließt, wie die Bestimmungen von positiv und negativ, wie Reden und Schweigen usw., das andere aus.

Es ist somit allerdings ein Gegensatz, ein „natürlicher Kampf", wie Pomponius sagt, zwischen Testaments- und Intestaterbrecht vorhanden. Beides schließt sich so notwendig und einfach aus, wie ich dadurch, daß ich durch ausdrückliche Angabe über das, worin ich mein Wesen setze, jede stillschweigende oder durch einen anderen dieser Selbstoffenbarung gegebene Ergänzung notwendig ausschließe. Aber dieser Gegensatz ist ein einfacher logischer Verstandesgegensatz innerhalb der begrifflichen Einheit; dieser Gegensatz ist ein kleiner seitwärts liegender ruhiger Kreis, welchen der große Kreis des römischen d. i. testamentarischen Erbbegriffes als der Kontinuation der Willenssubjektivität in seiner Selbstentwickelung wirft. Dieser Gegensatz ist also da, aber als ein untergeordneter und sein Wesen nicht in sich, sondern in einem anderen habender als der ruhige Gegensatz der Ergänzung, eine Ergänzung, die, schon als Ergänzung, notwendig in einer begrifflichen Einheit mit dem zu Ergänzenden steht, und nur deshalb zu ihrem Prinzipale wieder in einem ausschließenden und von ihm ausgeschlossenen Verhältnis stehen muß, weil die Frage beim Testament gar nicht die ist, was alles gewollt worden ist (d. h. welche Vermögensbestimmungen getroffen wurden: hier wäre eine nicht ausschließende Ergänzung zulässig), sondern ob überhaupt ausdrücklich gewollt worden ist (ob der Wille sich selbst den Perpetuierer erzeugt hat) eine nur mit Ja oder Nein zu beantwortende qualitative Frage.

Indem nun aber Gans aus diesem seitwärts liegenden untergeordneten Kreise, aus dem Gegensatz von Intestat- und Testamentsrecht das Ganze des Erbrechtes, seine dogmatische Gliederung und historische Bewegung erklären will, gerät er dadurch zu demselben in die Stellung, die jemand zu einem Bilde hat, das er von der Seitenfläche desselben aus betrachtet. Alle Linien und Konfigurationen des Gemäldes verschieben sich, und selbst das Richtige noch, was in seiner Betrachtung liegt, nimmt einen schielenden Charakter an.

Das testamentarische Erbrecht hat vielmehr wie das Prinzip seiner dogmatischen Gliederung, so auch, wie bereits gezeigt worden ist, das seiner treibenden historischen Bewegung nirgends anderwärts als in seinem eigenen spekulativen Begriffe. Der Wille, als das der realen Außenwelt gegenüberstehende ideelle Subjektive, muß diese seine spekulative Natur auch im Erben zeigen, indem er denselben, diese Spaltung an ihm manifestierend, der Realität des Vermögensobjektes gegenüberstellt und, ihm nichts als den inane nomen heredis lassend, realiter enterbt. Gerade in dieser Spaltung hat zugleich der Erblasser den höchsten Triumph und die höchste Gewähr seiner uninteressierten reinen Willensfortdauer. Aber dieses Interesse des Erblassers findet seinen Gegensatz am Interesse des Erben, der, an sein eigenes Selbst denkend, auszuschlagen beginnt, und nun entsteht der Kampf wie die Reibung dieser beiden Selbst, die im Erbtum gerade identifiziert werden sollen, als das entwickelnde Moment der geschichtlichen Veränderung, wie wir es oben dargestellt haben, erzeugt bei fortschreitender Abreibung des spezifischen Römertums die für sich abgesonderte Berechtigung der Vermögensfolge als solcher, als die außerhalb seiner, des zivilrechtlichen Erbkreises, liegende prä-

torische bonorum possessio, durchdringt sich in den mannigfaltigsten Verwickelungen und Verschlingungen mit diesem für sich selbständig gesetzten Prinzip, und übt dieselbe gestaltende Einwirkung auch auf das Intestatrecht aus.

XXIII. Fortsetzung der Suität und ihrer begrifflichen Folgen. Die Vermittelung und ihre Dialektik.

Wenn aber der Begriff des suus die Unmittelbarkeit der Willensidentität ist, so ist die notwendige Folge hiervon, daß dies Willensverhältnis nicht als ein vermitteltes vorhanden sein darf. Es ist also eine höchst spekulative Konsequenz des Begriffes, daß die Suität ausgeschlossen ist, wenn noch ein Vermittler vorhanden ist, durch welchen der in der Gewalt Stehende mit dem Gewalthaber zusammengeschlossen und vermittelt wird; d. h. der Enkel, der der suus des Großvaters wäre, ist es nicht, wenn sein Vater beim Tode des Großvaters noch lebt und in dessen Gewalt steht[1]). Die Rechtfertigung dieses Satzes liegt vollständig in dem Gesagten vor. Aber je tiefer man ihn betrachtet, desto mehr rechtfertigt er sich und unsere obige Begriffsentwickelung. Denn wenn der suus heres, wie wir sagten, nur dies ausdrückt, zum Subjekt und Träger seiner eigenen Willenssubstanz zu werden, so kann der Enkel, wenn beim Tode des Großvaters der Vater lebt, nicht suus sein, weil er überhaupt noch nicht Subjekt (sui juris),

[1]) Gajus, Comm., II, § 156; Paulus, R. S., IV, 8, §§ 7 und 8; Inst., § 2 de hered. quae ab int. def. (3, 1).

also auch nicht Subjekt seiner eigenen Willenssubstanz (suus heres) wird, sondern dies Subjekt noch immer nach wie vor in einem anderen, dem Vater, behält. Der Enkel wird also nicht zum suus, wenn er, mit Enterbung des Vaters, vom Großvater eingesetzt ist. Denn er ist dann immer nur gesetzter, nicht vonselbstdaseiender Erbe. Er wird ebensowenig — unter Voraussetzung der justinianischen successio graduum — zum suus, wenn der Großvater ab intestato stirbt und dann der Vater sich enthält[1]). Denn immer erscheint sein Erbrecht dann durch den Vater vermittelt. Indem vielmehr sein Begriff gerade darin besteht, nicht vermittelt zu sein, muß die Maxime sich bilden — und dies ist ihre Bedeutung —: „successio in *suis* heredibus non est"[2]).

Aber wenn der Vater vor dem Großvater gestorben, oder nicht mehr in seiner Gewalt steht, dann muß der Enkel ein suus sein. Denn die Willensidentität zwischen ihm und dem Gewalthaber ist jetzt nicht mehr eine durch das Dasein des Vaters vermittelte. Durch das Ausscheiden desselben ist aufgehobene Vermittelung, also zur Unmittelbarkeit zusammengesunkene Vermittelung vorhanden.

Als verschwundene Vermittelung hebt dieselbe den Charakter der durch ihr Verschwinden hergestellten Unmittelbarkeit nicht auf, und die zur Zeit des Todes unvermittelt in der Gewalt stehenden Enkel, Urenkel und Ururenkel können daher, da sie jetzt gleichfalls unmittelbare Willensidentitäten mit dem Erblasser sind, durch einen anderen noch lebenden Sohn des Erblassers nicht

[1]) Cujacius, Obss., III, 21, ad Africanum L. 16 D. de post. et lib.

[2]) Ulpian, L. 1, § 8, de suis et legit. hered. (28, 16).

ausgeschlossen werden, sondern erben trotz des näheren Grades desselben gleichzeitig mit ihm[1]), und zwar ebenfalls als sui[2]).

Allein, wenn die gewesene Vermittelung die durch ihr Verschwinden hergestellte Unmittelbarkeit auch nicht hindert, Unmittelbarkeit zu sein, so kann es doch bei konkreter Begriffserfassung nicht so sein, als ob die gewesene Vermittelung niemals gewesen wäre; sondern als gewesene und aufgehobene Vermittelung ist sie eben aufgehoben, d. h. als verschwunden in der Erinnerung aufgehoben und ideell bewahrt. Oder näher: Der tote Sohn hat durch sein Ausscheiden die von ihm Abstammenden in unmittelbare Einheit mit dem Gewalthaber gesetzt. Aber er hat eben alle von ihm Abstammenden, nicht sie als einzelne und jeden insbesondere, sondern als die einheitliche Bestimmung der durch ihn Vermittelten, als die einheitliche Bestimmung seiner Deszendenz, also als eine Einheit unter sich, in die Unmittelbarkeit der Beziehung zum Gewalthaber gebracht. Wenn die einzelnen als solche schon früher in der Gewalt des Großvaters, aber in der vermittelten, gestanden haben, so ist, was durch das Ausscheiden des Sohnes in die Unmittelbarkeit der Beziehung zum gewalthabenden Großvater gekommen, was also wirklich und allein zum *suus* geworden ist, diese Einheit der Deszendenz des Ausgeschiedenen. Dieselbe kann also nur als Einheit, als ein suus erben, wie sie nur als Einheit zum suus ge-

[1]) Gajus, Comm., III, § 7; Ulpian, XXVI, § 2; Inst., § 6 de her. quae ab int. (3, 1).

[2]) Siehe Acosta (gegen Cujacius), Comm. ad Instit. de hered. quae ab int., No. 10; L. ult. C. de liber. praet. vel exher. (6, 28).

worden ist; oder mit anderen Worten, es muß Erbfolge in stirpes, nicht in capita, eintreten und die Enkel, aus einem toten Sohne, obwohl sui, zusammen nur soviel erhalten, wie jeder lebende Sohn[1]).

XXIV. Fortsetzung der Suität. Die Enterbung und die Präterition. Die Enterbungsformel.

Der suus ist also unmittelbar daseiender Erbe. Allein indem der Römer dies anerkennt, konstatiert er nur gleichsam eine naturhistorische Tatsache, die aber nicht die Bedeutung haben kann, eine Schranke für die römische Geistesfreiheit zu bilden.

Sie kann keine solche Schranke bilden; denn der subjektive Wille, der überhaupt den Inhalt des römischen Geistes ausmacht und der im Erben als fortexistierend gesetzt werden soll, ist seinem Begriffe nach eben dies, an alles unmittelbare Dasein nicht gebunden zu sein, sondern sich diesem auch gegenüberstellen und es aufheben zu können. Der Begriff der Erbeinsetzung fordert es also absolut, daß ihre Freiheit eine unbeschränkte sei, daß der subjektive Wille seine daseiende Identität auch aufheben, auch als Nichtidentität bestimmen kann. Der suus muß also enterbt werden können. Da der suus aber das unmittelbare Dasein des erb-

---

[1]) Siehe die Stellen oben in Anm. 1; Ulpian, a. a. O.: „Si defuncto sit filius et ex altero filio mortuo jam nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in stirpes, id est ut filius solus mediam partem habeat et nepotes quotquot sunt, alteram dimidiam."

lasserischen Willens ist, so muß er, wie alles unmittelbare Sein, wenn es nicht sein soll, zuvor aufgehoben werden, d. h. der suus muß, um nicht Erbe zu sein, ausdrücklich enterbt werden. Nicht durch bloßes Hinwegsehen und Ignorieren beseitigt sich das Seiende, welches hierbei vielmehr nach wie vor ein Seiendes bleiben würde; es muß tätig negiert, ausdrücklich aufgehoben werden, um nicht zu sein, und der bloß präterierte suus bricht daher notwendig das Testament. Gajus, II, 123: „Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem *instituat,* vel nominatim *exheredet;* alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur." Ulpian XXII, § 14: „Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi."

Der Satz, daß der suus, obwohl er enterbt werden kann, das Testament besiegt, wenn er bloß übergangen und ein anderer als Erbe eingesetzt ist, daß also zu seiner wirksamen Beseitigung die Formel der exheredatio unerläßlich ist, ist daher keine müßige Form, keine „formalistische" Schrulle des römischen Rechtes, wofür man so geneigt sein mußte, ihn zu halten; er ist ebensowenig, wie Gans meint[1]), „bereits ein Sieg des Familiensystems über das System der Willkür", indem sich das letztere des ersteren „als der ihm eigentlich vorgehenden (!!) Ordnung erinnern muß"[2]); er ist ebensowenig, wie Gans

[1]) Erbrecht, II, 94.

[2]) Es zeigt sich hier wieder recht deutlich, bis zu welcher Unwahrheit und zu welchem Widerspruch gegen alles Positive jede bloß abstrakte Begriffsauffassung sich treiben muß. Das „Familiensystem" als die dem Testament „eigentlich vorgehende Ordnung," während sie doch in Wirklichkeit die ihm nachstehende, nur subsidiär — si intestatus moritur, sagt das Zwölftafelgesetz — zur Geltung kommende ist. Das wirkliche Recht wird damit zum Uneigentlichen, und

ferner meint[1]), als eine „Ehre" für den suus und andererseits wieder als eine größere „Härte und Grausamkeit" aufzufassen; er ist überhaupt gar nicht psychologisch oder menschlich aufzufassen, womit man sich von vornherein auf einem falschen und darum notwendig zu falschen Resultaten führenden Weg befände, sondern er ist einfach rein logisch aufzufassen, als das Dasein der logischen Notwendigkeit, daß das Unmittelbare, wenn es nicht sein soll, tätig aufgehoben werden muß.

Sowohl dies wie unsere ganze Begriffsentwickelung des suus empfängt eine neue Bestätigung durch die Formel der Exheredation, wie denn überhaupt in den Formeln des römischen Rechtes immer in graphischster Kürze und monumentaler Gedrungenheit der ganze echt spekulative Begriff liegt und durch genau-wörtliche Analyse herausgelöst werden kann. Die Formel lautet: „Titius filius meus *exheres esto*"[2]). Sie kann also nicht lauten: *non* heres esto. In dem *ex*heres liegt aber, wie in jedem

---

schon dadurch allein hätte sich für einen Philosophen von der Stärke von Gans ergeben sollen, daß in dieser Bezeichnung des wirklich Nachstehenden als des eigentlich Vorgehenden, und umgekehrt, eigentlich nichts anderes heraustritt als die Verfehlung des eigentlichen Begriffes der Sache. — Es wird übrigens wiederholt erinnert, daß, wenn wir vorzugsweise Gans kritisieren, dies nur deshalb geschieht, weil er eben der würdigste und den positiven Juristen weit überlegene Gegner ist.

[1]) A. a. O., S. 94 u. 105. Gans kommt hierdurch dahin, sagen zu müssen: „Die allgemeine Qualität als Erbe hat der exheres auch; in Beziehung darauf ist es, wie schon gesagt worden, dieselbe Ehre, heres oder exheres zu sein." Hiernach soll also dem exheres die Qualität als Erbe bleiben, was eine ebenso positive Unwahrheit ist, wie die in der vorigen Note; denn die exheredatio ist ja eben dies, ihm diese Qualität zu nehmen.

[2]) Gajus, II, § 127.

Kompositum mit ex, der genaue Sinn, daß der Zustand, der verneint wird, der bisherseiende war, der jetzt nun aufgehoben und beendigt sein soll, während *non* heres esto nur das künftige Eintreten der hereditas verhüten würde. Es tritt also in dem exheres deutlich hervor, daß der suus schon bis dahin Erbe war[1]), daß er unmittelbar daseiender Erbe war und dieser bereits existierende Zustand daher erst gebrochen und beendigt werden muß, um nicht fortzudauern.

Dieselbe Konsequenz tritt nun in der Stellung heraus, welche die Exheredationsformel im Testamente einzunehmen hat. Wir haben oben gezeigt (Nr. V), warum die Erbeinsetzung schlechthin das erste sein muß, womit das Testament zu beginnen hat. Denn wenn nicht zuvor durch den Erben das nach dem Tode fortexistierende Dasein des Willens gegeben ist, kann der Wille auch keine Äußerungen seiner vornehmen. Was muß nun aber vorhergehen, die Institution des Erben, oder die Enterbung des suus? Die Institution des Erben muß vorhergehen, denn wenn und solange der Wille nicht seine Fortdauer hervorgebracht hat, kann er als nicht existierender keine Wir-

[1]) Auch beim extraneus heres heißt es in der Kretionsformel: „Quod ni ita creveris, *exheres* esto." Aber hier ist dies ganz natürlich, da der extraneus durch das vorgängige „heres esto" in den Zustand des Erben versetzt worden war. Beim suus dagegen hätte dies auffallen müssen, da hier keine Einsetzung desselben vorhergegangen ist und somit etwas beendigt wird, was niemals eingetreten zu sein scheint.

Dies empfängt nun durch den entwickelten Begriff des suus, als seienden Erben, seine befriedigende Lösung, und es zeigt sich hierbei wieder deutlich, wie der suus als die daseiende Willensidentität vor und ohne Testament schon ganz in derselben Lage ist, in die der exter erst durch die Einsetzung und ihre Annahme kommt. Der exter kann daher ohne vorherige Einsetzung nicht exherediert werden (vgl. Gajus, II, 140).

kungen und somit auch keine Enterbung hervorbringen. Umgekehrt, die Enterbung des suus muß vorhergehen, denn solange der daseiende Willensträger nicht aufgehoben und also noch vorhanden ist, kann kein anderer an seine Stelle gesetzt werden. Die Frage ist also wegen der fiktiven Natur der Willenskontinuation eine notwendig unlösbare, und in der Verzweiflung, eine begriffliche Entscheidung derselben zu erlangen, entschließt sich daher der Römer, es gleichgültig sein zu lassen, ob Exheredation oder Institution einander vorhergehen; nur daß beide unmittelbar aufeinander folgen und den Anfang des Testamentes bilden müssen. Ulpian[1]: „Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione quam nominatim facit; nam Divus Trajanus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare[2]."

XXV. Fortsetzung der Suität. Die Unterschiede, die innerhalb des Suitätsbegriffes liegen, als erbrechtliche Unterschiede zwischen den verschiedenen sui.

Aber der obige Satz, daß der suus als präterierter das Testament bricht, muß, den Begriffsunterschieden entsprechend, die der suus in sich hat, in formeller wie materieller Hinsicht sich zu einem konkreten Reichtum feiner Unterschiede entwickeln.

---

[1]) L. 1 de her. inst. (28, 5).

[2]) Vgl. L. 3, § 3, de lib. et post. (28, 2); L. 3, § 2, de injusto (28, 3).

Der in der Gewalt stehende Sohn ist unmittelbare und volle Identität mit dem Gewalthaber. Er schließt eben deshalb, wie wir sahen (s. Nr. XXIII), den aus ihm erlangten Enkel des Großvaters aus, weil er selbst durch dessen Tod das berechtigte Subjekt eines Willenskreises wird, zu dessen Substanz er bisher gehörte. Er ist so das wahrhafte und volle Subjektwerden der bisherigen Willenssubstanz, er kann der suus in seiner höchsten Potenz genannt werden, und seine Identität ist, weil sie eine den eigenen Begriff des väterlichen Gewalthabers selbst ausfüllende und deckende ist, die totale.

Wenn aber der filius präteriert ist, so muß das Testament als solches durchaus ungültig, die heredes scripti als non scripti zu betrachten sein, und der suus sukzediert, als wenn kein Testament vorläge.

Aber nicht mehr ganz dasselbe Verhältnis wie der filius hat die filia zum Gewalthaber. Zwar ist sie gleichfalls, als in seiner Gewalt stehend, Willensidentität mit ihm und, als unvermittelt in diesem Verhältnis, unmittelbare Identität; sie ist deshalb ebenfalls sua, wie der filius, denn sie stellt gleichfalls beim Tode des Vaters ein Frei- und Fürsichwerden ihrer eigenen bisherigen Willenssubstanz dar. Aber wenn sie ebenso unmittelbare Identität mit dem Vater ist, wie der filius, so ist sie doch nicht ebenso totale Identität mit ihm. Denn sie stellt nicht, wie der filius, dies dar: zum Subjekt eines Willenskreises werden zu können, dem sie bisher substantiell angehörte. Da sie als Weib niemand in ihrer Gewalt haben kann, da das Weib deshalb, wie der Römer sagt, caput et *finis* familiae suae ist, so stellt sie beim Tode des Vaters nur die Vereinzelung und Auflösung, nur das für sich freiwerdende Herausfallen aus dem substantiellen Wirkungskreise, nicht aber die

Fortsetzung eines bisher durch sie hindurchgehenden identischen Willenskreises als Subjekt und Träger desselben dar. Sie hat und deckt nur die eine Seite des im Vater vorhandenen Willensbegriffes: frei für sich zu sein, keinem anderen anzugehören. Sie deckt und realisiert nicht die andere Seite des im pater familias vorhandenen Willensbegriffes: Willenssubjekt einer durch ihn hindurchgehenden identischen Willenssubstanz, einer Einheit von Willen zu sein. Oder mit anderen Worten: sie erlangt ihren bisherigen substantiellen, durch sie hindurchgehenden Willen jetzt in nur subjektiver, negativer Weise; seine positive, substantielle Seite, die darin besteht, nicht bloß isoliert für sich, sondern zugleich positive Identität mit anderen Willen zu sein (und die darin gerade wieder den höchsten Triumph der Willenssubjektivität bildet), kann sie als Subjekt nicht fortsetzen[1]).

Da die Tochter also nur die eine der beiden Seiten deckt, die im väterlichen Willensbegriff gegeben sind, ist sie nur die Fortsetzung der Hälfte seines Wesens, oder ihre unmittelbare Identität mit dem Vater ist nur die halbe[2]).

---

[1]) Der weibliche Wille ist deshalb auch seiner eigenen unmittelbaren Fortsetzung nicht fähig. Das Weib kann keinen suus haben.

[2]) Die aber um der Unmittelbarkeit der Identität willen dennoch, wenn der Wille des Vaters schwieg, also bei der Intestaterbschaft, jeden Nicht-suus ausschließen muß. Dieser halbe Charakter der Identität kann also nur in Betracht kommen: entweder einem ebenso unmittelbaren Erben gegenüber, und dies tut er stets, da natürlich, wenn auch nur ein suus vorhanden, die Tochter ab intestato immer nur die Hälfte erben kann, oder aber dem eingesetzten Erben gegenüber, der, wenn er einmal rite eingesetzt ist, ebenso gut Erbe

Von einer anderen Seite her tritt dasselbe Resultat notwendig aber auch beim Enkel ein, und zwar fließt es hier aus demselben Begriffsmoment, das wir schon oben (S. 337 fg.) aufgezeigt haben, daß nämlich die Vermittelung, in welcher der Enkel durch seinen Vater zum Großvater steht, durch das Ausscheiden des Vaters zur gewesenen, aufgehobenen Vermittelung und also zur hergestellten Unmittelbarkeit der Willensidentität wird, daß aber die gewesene Vermittelung nicht zu einer solchen wird, die niemals gewesen, die aufgehobene Vermittelung vielmehr eben deshalb auch wahrhaft aufgehoben, d. h. ideell aufbewahrt, bleibt, und dieser als Erinnerung an der neuen Unmittelbarkeit haftende und fortbestehende ideelle Charakter sich daher auch zu seinen realen Folgen treiben muß.

Diese Folgen zeigen sich sehr deutlich beim Vergleich des begrifflichen Verhältnisses zwischen Sohn und Enkel zum Großvater, wie es im Intestatrecht hervortritt.

Der Sohn ist die unmittelbare Willensidentität mit dem Gewalthaber als solche. Er ist daher der ausschließende Erbe desselben, der ausfüllende, totale Erbe, der keinen Platz neben sich läßt. Denn er duldet nichts, was nicht in derselben Unmittel-

---

ist, wie der suus, so daß die Frage nur die ist, ob er rite eingesetzt war, d. h. ob ein Platz, eine logische Möglichkeit zur Einsetzung (ohne Exheredation) vorhanden war, und welcher Platz? Dies ist durch die Halbheit jener Identität gegeben. Aber bei der Intestatfolge, wo also überhaupt nicht eingesetzt worden, der vorhandene Platz nicht benutzt worden ist, muß natürlich die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung der bloß subsidiären Aushilfe gegenüber, also die filia dem Agnaten gegenüber, ausschließend wirken. — Dasselbe gilt bei der folgenden Erörterung über den Enkel.

barkeit der Beziehung zum Gewalthaber steht, nichts, was nicht gleichfalls filius oder filia ist. Den aus ihm selbst erzeugten Enkel schließt er aus von jener Unmittelbarkeit der Identität, die ganz von ihm ausgefüllt ist. Zwar teilt er als einzelner filius mit einem anderen filius oder filia. Aber so teilt er nur wieder mit sich selbst. Der Begriff, die Kategorie des Sohnes schließt jeden anderen Erben aus. Zwar teilt er auch mit dem Enkel aus einem anderen ausgeschiedenen Sohne. Aber hierbei tritt das Gesagte nur um so deutlicher hervor. Denn er teilt mit dem Enkel nur, sofern dieser nicht Enkel ist, sondern den Begriff des gewesenen Sohnes erinnernd in sich darstellt (repräsentiert). Dies zeigt sich daran, daß, wenn mehrere Enkel aus dem gewesenen Sohne vorhanden sind, der filius nicht zu ihnen als einzelnen, also nicht zu ihnen als Enkeln — denn Enkel ist jeder einzelne von ihnen — ein Verhältnis hat, sondern sie alle zusammendrückt auf den Begriff des einen Sohnes, den sie ideell in sich darstellen (Erbfolge der sui in stirpes, s. oben S. 339), und sie ihm also nur *qua filius* gegenüberstehen. Es bleibt also wahr, daß die Kategorie des Sohnes um der Unmittelbarkeit ihrer Identität willen keinen anderen Erben neben sich duldet.

Nicht dies ist die Stellung des Enkels. Er ist nicht selbständiger Erbe, denn er ist ausgeschlossen durch den noch lebenden filius, dessen Sohn er ist. Er hat auch, insofern dieser aus der Gewalt ausgeschieden und er selbst also zum suus wird, noch Raum neben sich für einen anderen Erbbegriff als den seinigen; denn er muß mit dem filius, der kein Enkel ist, teilen. Ja, er kommt überhaupt nur dadurch zum Erbbegriff, daß er nicht als er selbst, als Enkel, auftritt, sondern auf einen anderen Begriff als den seinigen, auf den Repräsen-

tanten des filius in ihm, hinweist. Es liegt daher wesentlich im Erbbegriff des Enkels, nicht *ausschließender* Erbe zu sein, sondern noch Platz für einen *anderen* Erbbegriff, für eine andere *Erbkategorie* neben sich zu haben.

Oder um dasselbe Moment formeller zu entwickeln: Durch das Ausscheiden des Sohnes ist die Identität des Enkels mit dem Großvater als *aufgehobene* Vermittelung zwar *hergestellte* Unmittelbarkeit geworden, und so ist der Enkel ein suus. Aber *aufheben* heißt ja wieder: *vermitteln*, und besteht, in welcher Gestalt es auch auftrete, tatsächlich in einem tätigen Akt der Vermittelung. Diese sich hier erhebende Dialektik des Begriffes bewirkt daher, daß die Identität, in welcher der Enkel jetzt zum Großvater steht, als eine gedoppelte erscheint: als eine *unmittelbare*, denn die Vermittelung ist aufgehoben; als eine *vermittelte*, denn dieses Aufheben war selbst ein *neues* Vermitteln.

Indem diese Unmittelbarkeit also nur *einerseits* eine *unmittelbare*, *andererseits* aber wieder eine *vermittelte* ist, bestimmt sie sich für den Verstand im Widerstreit dieser beiden Seiten zur *halben* Unmittelbarkeit.

Wenn also bei der Tochter die *Identität* mit dem Willensbegriff des Vaters nur die *halbe* war, so ist hier beim *Enkel* zwar die Identität die totale — denn der Enkel kann pater familias sein —, aber dafür die *Unmittelbarkeit* der Identität nur die *halbe*.

Weil also die *Willensidentität* oder resp. die *Unmittelbarkeit* derselben, in welcher sich Tochter und Enkel zum Gewalthaber befinden, nur die *halbe* ist, sind sie nicht in dem Sinne *ausschließende* Erben wie der filius, sondern lassen neben sich einen ideellen Platz,

eine Möglichkeit für eine Erbeinsetzung, einen Platz, aus welchem sie nicht erst durch formelle Exheredation ausgetrieben zu sein brauchen, um die Erbeinsetzung wirksam vornehmen zu können.

Wenn daher der präterierte Sohn als die unbeseitigte und den Willensbegriff des Gewalthabers in totaler Gleichheit und vollster Unmittelbarkeit ausfüllende Willensidentität keinen anderen Erben dulden kann[1]), und deshalb das Testament annulliert, so wird eine ganz andere Folge eintreten müssen, wenn der präterierte suus eine Tochter oder ein Enkel ist. Es wird nämlich in strenger Konsequenz des entwickelten spekulativen Begriffes die Folge eintreten müssen, daß auch die Willenseinsetzung, wie gezeigt, bestehen muß, da Tochter oder Enkel, weil ihre Identität oder resp. die Unmittelbarkeit ihres Daseins nur die halbe ist, auch ohne ausdrückliche Aufhebung ihrer unmittelbaren Identität (ihres Erbtums, ihrer Suität) noch eine logische Möglichkeit, einen ideellen Raum, für die durch subjektives Setzen hervorzubringende Identifizierung des von ihnen nicht ganz oder doch nicht ganz unmittelbar ausgefüllten gewalthaberischen Willens übrig lassen; daß also einerseits die testamentarische Erbeinsetzung gültig bleibt; daß aber andererseits auch diese präterierten sui um der in ihnen vorliegenden Unmittelbarkeit willen von selbst als Erben hervorschießen, als unmittelbar vorhandene Willensidentitäten den gesetzten Willensidentitäten anwachsend; und daß sie endlich, in diesem Anwachsen genau den Raum einnehmend, der ihnen nach ihrem entwickelten Begriffe

---

[1]) Vgl. Ulpian, XXII, 16: „Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus, *non patitur valere* testamentum."

zukommt, jene eingesetzten Erben auf den Raum zusammendrücken, der von ihrem eigenen konkreten Begriffe für jene übrig gelassen wird.

Und genau so berichtet Gajus, einen der glänzendsten Beweise für die fast wunderbare spekulative Konsequenz des alten Zivilrechtes gebend, II, 124: „Ceteras vero liberorum personas" (andere nämlich als der filius) „si *praeterierit* testator, *valet testamentum;* praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem *adcrescunt* . . ."

Aber welches ist der ihnen gebührende quantitative Raum? Es ist dies durch die obige Begriffsentwickelung bereits gegeben. Nur sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die eingesetzten Erben können gleichfalls sui sein, oder aber sie können extranei sein.

Sie sind gleichfalls sui, so sind sie dasselbe, was der präterierte suus ist. Hier findet dann also kein Verhältnis von Begriff zu Begriff, von Kategorie zu Kategorie statt, die vielmehr dann nur die durch alle gleichmäßig hindurchgehende identische ist. Die eingesetzten Erben und der präterierte müssen sich also hier zueinander verhalten wie einzelne zu einzelnen, von denen jeder dasselbe, was der andere ist, d. h. alle einzelnen müssen erben zu gleichen Teilen nach der Kopfzahl, pro parte virili.

Sind aber die eingesetzten Erben extranei, so tritt erst, indem sie etwas anderes sind als der präterierte suus, der Begriff desselben in seine deutlichste unterscheidende Existenz. Denn er muß sich dann zu ihnen verhalten wie Begriff zu Begriff, wie Kategorie zu Kategorie. Als unmittelbar vorhandene Willensidentität, die, ohne aufgehoben zu sein, einer erst gesetzten Identität gegenübersteht, muß daher hier der präterierte suus (Enkel oder Tochter) zuvor allen Raum einnehmen,

der dem nichtexheredierenden Setzen des Testators gegenüber in notwendig gegebener Weise durch seinen eigenen Begriff schon ausgefüllt ist; nur was dann noch übrig bleibt, für die Einsetzung der fremden Erben, wieviel ihrer auch sein mögen, offen lassend. Der Präterierte muß also, weil, wie wir vorher sahen, — bei der Tochter — die Identität mit der Willenssubjektivität des Gewalthabers, oder — beim Enkel — die Unmittelbarkeit der Willensidentität die halbe ist, vor allem diese von ihm schlechthin ausgefüllte Erbtumshälfte behaupten, der freien Willenseinsetzung des Testators nur in der anderen von ihm nicht notwendig durchdrungenen Hälfte weichen, und daher alle eingesetzten Erben, soviel deren auch sein mögen, auf die andere Hälfte der Erbschaft zusammendrücken.

Und so fährt denn Gajus in der angeführten Stelle unmittelbar fort: „in partem adcrescunt, *si sui instituti sint, in virilem; si extranei,* in *dimidiam*; id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et *filiam* praeterierit, filia *adcrescendo* pro *quarta* parte fit heres . . . habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex *dimidia parte* fit heres; quae de filia diximus, eadem et de *nepote* deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intelligimus.“ Und ebenso Ulpian, XXII, 17: „Reliquae vero personae liberorum velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, *valet* testamentum, scriptis heredibus *adcrescunt, suis* quidem heredibus in partem *virilem,* extraneis autem in partem *dimidiam.*“



